

UNIVERSITÉ DE FRANCE — ACADEMIE DE RENNES

FACULTÉ DE DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

DE LA COMPÉTENCE

CIVILE ET COMMERCIALE

DES COURS D'APPEL

PAR

E. HOGREL

Ancien Avoué près la Cour d'appel de Rennes, Juge de paix

EXAMINATEURS :

MM. DE CAQUERAY, BLONDEL, professeurs; M. PIÉDELIÈVRE, agrégé

*L'acte public sera soutenu le samedi 29 juin 1895
à trois heures du soir*

TYPOGRAPHIE OBERTHUR, A RENNES

1895

A MON PÈRE

A MA MÈRE

UNIVERSITÉ DE FRANCE — ACADEMIE DE RENNES

FACULTÉ DE DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

DE LA COMPÉTENCE

CIVILE ET COMMERCIALE

DES COURS D'APPEL

PAR

E. HOGREL

Ancien Avoué près la Cour d'appel de Rennes, Juge de paix

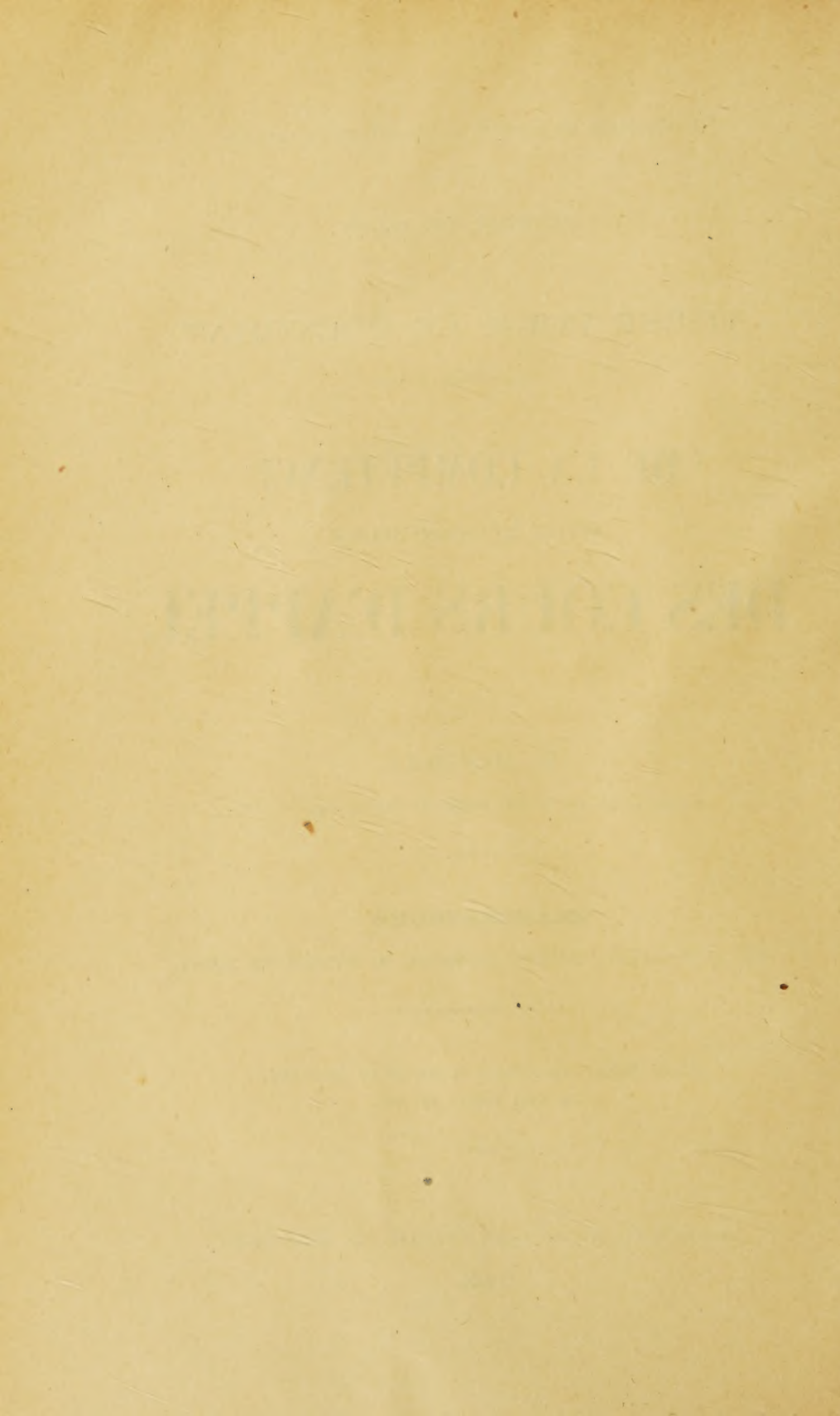
EXAMINATEURS :

MM. DE CAQUERAY, BLONDEL, professeurs; M. PIÉDELIÈVRE, agrégé

*L'acte public sera soutenu le samedi 29 juin 1895
à trois heures du soir*

TYPOGRAPHIE OBERTHUR, A RENNES

1895



THÈSE FRANÇAISE

**Des décisions civiles et commerciales dont peuvent
connaître les Cours d'appel
ou de la compétence de ces Cours en matière
civile et commerciale.**

Avant d'aborder le sujet tout particulier que nous avons choisi, nous croyons devoir, rapidement et à titre de simple introduction, faire connaître l'histoire de l'appel dans notre droit : nous examinerons simplement quelles étapes successives le principe a parcourues pour parvenir jusqu'à nos jours. Nous laisserons de côté tout ce qui peut toucher à la procédure, nous réservant de prendre l'appel au moment de l'invasion des Francs, en Gaule, pour le quitter à la promulgation de notre Code de procédure.

INTRODUCTION ⁽¹⁾

A l'origine, lorsque les Germains envahirent la Gaule, les peuplades étaient peu considérables; le peuple formait des assemblées appelées placita, on y discutait les affaires et l'on jugeait sans appel; mais, ces peuplades augmentèrent, les assemblées générales devinrent plus rares et plus difficiles, il fallut songer à fractionner la nation et à former des divisions qui représentaient chacune l'image de l'ancienne organisation. On partagea alors le peuple en comtés ou pagus et le pagus en plusieurs centènes. A la tête du pagus se trouvait le comte, la centène était dirigée par le thungénus ou centenarius; il était assisté de tous les hommes libres de la centène qu'on appelait rachimbourgs. Cette réunion s'appelait le plaid de centène². Ces comtes et centeniers étaient des officiers du roi. Le plaid de la centène connaissait des affaires de peu d'importance. Les causes intéressant la liberté, touchant à la vie ou à la propriété des citoyens, étaient portées devant le plaid

1. On pourrait s'étonner avec raison que dans notre introduction historique nous ne parlions nullement de l'appel à Rome, où cette voie de recours avait reçu une organisation minutieuse, et s'était rapidement développée; en voici la raison. Nous avons consacré dans notre thèse de droit romain la plus grande partie de notre travail à l'appel, et nous nous proposons de présenter nos deux thèses, qui formaient un tout complet et homogène. Un décret récent (30 avril 1895) est venu réorganiser les divers examens et la thèse nécessaires pour acquérir le grade de docteur en droit; et aujourd'hui, une seule thèse est exigée pour l'obtention de ce grade. Dans le courant de notre étude, nous tâcherons de réparer par des notes les passages qui pourraient paraître incompréhensibles.

2. Sur la controverse existant sur le point de savoir qu'était-ce que la centène, v. Montesquieu, *Esp. des lois*, liv. XXX, chap. XXVIII. *Loi salique*, t. 9-27-34.

du comté; enfin, les causes intéressant les potentiores, c'est-à-dire les comtes, les évêques et les abbés, étaient retenues devant la Cour du roi.

Que devient l'appel?

Dès l'origine l'appel n'existait certainement pas.

Chaque tribu jugeait souverainement; la justice était rendue par le peuple qui nommait lui-même ses chefs de plaid; du reste, le jugement rendu était regardé comme absolu, inattaquable, comme provenant du peuple, et la partie lésée ne pouvait avoir aucun recours.

Plus tard, sous les rois francs, les centeniers et les comtes sont choisis par le roi; trouvons-nous à ce moment le principe de l'appel? Cette question est controversée et cette controverse tient sans doute à l'obscurité qui règne sur l'époque des premiers rois francs, et sur le manque de précision qui se rencontre dans les textes; nous citerons les deux opinions opposées qui se sont créées.

La première opinion, qui compte Montesquieu (*Esprit des lois* 30, ch. xxviii), n'admet pas l'appel entre les divers fonctionnaires tels que les centeniers, les comtes; il existe bien une certaine hiérarchie, mais la personne seule y est soumise; quant à la juridiction elle est bien nettement délimitée et le plaid de la centène juge tout aussi bien en dernier ressort, dans la limite de ses attributions, que le plaid du comte (Henrion de Pansey, *De l'Autorité judiciaire en France*, chap. II, p. 9). Les textes, ajoute-t-on, invoqués dans l'opinion contraire, ne prévoient nullement l'appel, le jugement attaqué n'est pas remplacé par un nouveau jugement, c'est plutôt une prise à partie (loi salique, t. LX, §§ 1 et 2; loi des Alamans, t. XLI, § 2; loi des Bavarois, t. II, §§ 18-19).

On répond, dans l'opinion contraire, que l'appel a existé sous les premiers rois de France. Si, dit-on, la loi salique,

dans ses §§ 1 et 2. *loc. cit.*, prévoit un véritable déni de justice, dans son § 3 elle prévoit certainement l'appel, car on ne voit pas autrement son utilité s'il répète simplement ce qui est dit dans les paragraphes précédents, et les mots « *non secundum legem judicare* » qui s'y trouvent prévoient une hypothèse toute autre que la prise à partie. De même, les §§ 1 à 3 du t. XLI de la loi des Alamans, renferment également l'expression « *contra legem judicare.* » La loi des Bavares (tit. II, § 19), est plus explicite et suffit à elle seule pour défendre le système. « Si le juge s'est trompé et que cette erreur soit de bonne foi, que le juge ne soit pas condamné, mais que le jugement soit infirmé; » d'ailleurs, une raison du pur bon sens fait supposer qu'il devait exister un tribunal supérieur; s'il s'agit d'une prise à partie, comment peut-on admettre que le plaignant aille s'adresser au juge qui a rendu la décision attaquée et lui demander de se condamner lui-même?

Sous l'époque carlovingienne, certaines réformes s'accomplissent; les rachimbourgs, qui étaient plutôt faits pour guerroyer que pour rendre la justice, s'absentaient volontiers du plaide, malgré les amendes dont ils devenaient passibles. Le roi nomma, pour les remplacer, les scabini; nous trouvons à cette époque les centeniers, le comte, le missus dominicus et le roi. Le principe de l'appel est encore discuté en ce qui touche les scabini et le missus.

Quant aux scabini, on apporte ici les mêmes motifs que ceux invoqués sous les Mérovingiens; pour le missus ce n'est pas un juge d'appel. Le missus et le comte avaient une juridiction égale et indépendante l'une de l'autre, toute la différence était que le missus tenait ses placita quatre mois de l'année et le comte les huit autres (Montesquieu, *loc. cit.*). Le missus n'avait, d'ailleurs, qu'une fonction de surveillance,

il était chargé de recevoir les plaintes des justiciables et de les porter au roi; s'il était constaté qu'un seigneur ou un comte avait refusé d'assembler son tribunal et de rendre la justice, l'envoyé du roi s'établissait chez lui avec toute sa suite et y vivait à ses dépens, jusqu'à ce qu'il eût réparé ses torts (Henrion de Pansey, p. 8, *loc. cit.*).

L'opinion adverse invoque, pour soutenir sa thèse, qu'en ce qui concerne les scabini, ceux-ci ne jugeaient pas en dernier ressort. Un capitulaire de 805 veut que la partie qui n'acquiesce pas au jugement, soit conduite immédiatement et sous bonne escorte devant le roi. Un autre capitulaire de 789 punit de peines sévères celui qui aura empêché les réclamations des justiciables de parvenir jusqu'au roi.

Le missus dominicus est un véritable juge d'appel, il peut tenir un plaid; nous avons vu, dans le système précédent, qu'il rend la justice quand le comte refuse de le faire, mais Charlemagne lui permet de rendre aux pauvres ce qui leur a été indûment enlevé. Et comment expliquer le droit qu'il a de convoquer à son plaid les comtes et les centeniers des environs, pour leur faire rendre compte des affaires jugées, si ce n'est qu'il avait un tribunal supérieur? (capitul. de 819, art. 28). Enfin, Loyseau nous dit que les appels des comtes furent portés au roi et plus tard à ses envoyés dans les provinces (Loyseau, des Offices, I., 14, § 42).

Quant au tribunal du roi, « *placitum palatie*, » il avait une compétence presque absolue; mais il ne connaissait que des affaires les plus importantes et surtout celles intéressant les hauts fonctionnaires, tels que les comtes, les ducs ou bien les membres du clergé; c'était à la qualité des parties en causes et non à l'importance du litige qu'on devait s'attacher.

Après Charlemagne, la royauté perdit toute son influence,

les centeniers et les comtes en profitèrent pour se proclamer propriétaires de leurs offices et les déclarer héréditaires, et les seigneurs s'arrogèrent la propriété de leurs terres; c'est en un mot la féodalité dans toute sa force et qui fut solennellement reconnue par Charles le Chauve, en 877, dans son édit de Kiersy-sur-Oise, qui déclarait héréditaires les bénéfices et les charges de ceux qui le suivaient en Italie; la royauté perdait d'un seul coup et les charges qu'elle avait conférées et les terres qu'elle avait temporairement concédées. Chaque seigneur est alors maître absolu dans son fief, il ne reconnaît plus l'autorité royale, à plus forte raison ne reconnaît-il plus sa juridiction. Le roi a son domaine, mais cependant il est le suzerain de tous les seigneurs, et nous verrons tout à l'heure que c'est à sa suzeraineté qu'il dut reprendre sa puissance. On comprend parfaitement que de l'appel il n'en était plus question, chaque seigneur étant juge souverain dans sa seigneurie et ne reconnaissant au-dessus de lui aucun juge supérieur.

Une autre cause contribua aussi à faire disparaître l'appel, c'est l'usage du duel judiciaire. A cette époque, où l'unique préoccupation des seigneurs était de chercher toute occasion de se battre, rien ne paraissait plus naturel que de terminer les procès par le sort des armes. On y mêla, de plus, des idées religieuses; on regarda le duel judiciaire comme un jugement de Dieu. « Nos pères, dit M. Henrion de Pansey, croyaient fermement ou, si l'on veut, stupidement, que Dieu lui-même présidait à ces combats pour faire éclater la vérité et faire triompher l'innocence de l'autorité judiciaire » (chap. III, p. 25). « On conçoit facilement que contre un jugement de Dieu nul appel n'est possible » (même auteur, p. 27).

Mais le duel judiciaire ne terminait pas toujours, d'une façon aussi rapide et aussi injuste, toutes les instances; il y

avait des cas où cette coutume barbare, au lieu de se rencontrer en première instance, se rencontrait en appel, c'était notamment le cas où dans la Cour du seigneur on avait déjà coutume de juger certaines causes d'une certaine façon ; il s'était établi en quelque sorte une jurisprudence et on ne voulait pas qu'elle fût anéantie par le sort douteux d'un combat. Montesquieu (XXVIII, c. 25) cite d'autres cas où le duel judiciaire n'a pas lieu, l'appelant s'adressait directement au juge et lui disait : « Vous avez fet jugement faux et mauvés » comme mauvés vous que este. » C'était ce qu'on appelait fausser un jugement, fausser la Cour. On comprendra donc facilement que l'appel ainsi formalisé était une injure pour le juge, et que saint Louis ait écrit dans ses établissements que l'appel contient félonie et iniquité (liv. II, c. 15).

On devait s'engager à soutenir son appel, et si quelqu'un disait qu'un jugement était faux et mauvais et n'offrait pas de le soutenir, il était condamné à dix sous, s'il était gentilhomme, et à cinq sous s'il était serf, pour les vilaines paroles qu'il avait dites (Montesquieu, XXVIII, c. 27).

Nous venons de voir que l'appel était une injure pour le seigneur, il devait se soutenir les armes à la main ; aussi, si le vassal faussait son seigneur, il devait avant tout lui abandonner son fief et il le traduisait ensuite devant le suzerain ; si, au contraire, le seigneur appelait son vassal, il perdait l'hommage que lui promettait son vassal au moment de l'investiture, et il le traduisait devant le tribunal du comte. L'appelant eût, en quelque sorte, commis le crime de félonie, injure grave du vassal envers son seigneur et qui entraînait la commise du fief. Aussi, dans la pratique, on ne faussait jamais son seigneur et on appelait ses pairs qui avaient rendu le jugement et on ne commettait ainsi aucune injure. L'appelant, après avoir donné les gages de bataille, devait com-

battre avec les juges qui avaient participé au jugement : il devait les vaincre l'un après l'autre, et ce dans le même jour ; s'il était vaincu, ce qui arrivait probablement presque toujours, il était pendu ; si les juges étaient vaincus, si la Cour était faussée, le dernier des juges était décapité, sa langue était arrachée et partagée devant le peuple (Assises de Jérusalem, c. 3). On pouvait appeler avant que les juges aient rendu leur sentence, pour cela on demandait que chaque juge donnât, à haute voix, son avis ; une fois l'avis du premier juge connu, et avant que le second juge eût émis le sien, on lui disait qu'il était faux, méchant et calomnieux, et ce n'était que contre lui que l'on devait se battre (Montesquieu, XXVIII. c. 27). Ce devait être une chose rare, « un miracle, » que de gagner son procès dans de telles conditions ; mais, une fois le tribunal vaincu, le jugement était sans doute anéanti, il restait encore à décider le point de savoir si la demande était justifiée ou non. C'était alors affaires entre parties et ce point se discutait par les armes ; ainsi, il y avait un autre combat judiciaire et l'appelant qui avait gagné vis-à-vis des juges ne devait pas se considérer comme vainqueur, il soutenait un nouveau combat contre son adversaire. Plus tard, les mœurs s'adoucirent, et aux peines corporelles on substitua des peines pécuniaires, qui étaient de 60 livres, remises au seigneur avec lequel on avait combattu, et 60 livres payées à chacun de ses pairs. Le désistement n'était plus puni de mort, il était passible d'une amende de cinq à dix sous.

Enfin, l'appel devait avoir lieu immédiatement après le jugement prononcé ; tout retard, quelque minime qu'il fût, était considéré comme un acquiescement. L'homme condamné à mort, nous dit Montesquieu, ne pouvait fausser le jugement car il aurait toujours appelé pour prolonger sa vie ou pour faire la paix. On ne pouvait fausser le jugement de la Cour

du roi, car il n'y avait personne qui lui fût supérieur et devant qui on pût appeler.

Le vilain et le serf ne pouvaient provoquer le seigneur en combat judiciaire, le droit de combattre était en effet un droit appartenant à la noblesse; aussi, Beaumanoir nous dit « qu'entre le seigneur et le vilain, autre juge fors Dieu. » Mais cette faculté de fausser le jugement reprend tout son empire si le vilain, soit par la coutume, soit par l'usage, a le droit de combattre, et il pourra fausser la Cour, nous dit Montesquieu, même si les juges sont des chevaliers.

Il arrivait aussi quelquefois que les seigneurs refusaient de juger, ou ne voulaient plus rassembler leurs pairs, ou les convoquaient en nombre insuffisant ou bien encore ceux-ci différaient outre mesure leur sentence. Avant Philippe-Auguste on avait bien un moyen de forcer ce seigneur récalcitrant, c'était de lui déclarer la guerre. C'était, il est vrai, un moyen énergique, mais peu pratique; il fallait être ou se croire plus puissant que son adversaire. Philippe-Auguste permit de porter la cause devant le tribunal du suzerain. C'est ce qu'on nomma porter un appel faute de droit, expression certainement très inexacte, car il ne s'agit pas ici de réformer un jugement, puisqu'il n'y en a jamais eu, mais de statuer pour la première fois sur la contestation engagée. Cet appel faute de droit ne se terminait pas par un combat judiciaire, on ne pouvait fausser le jugement, faute de jugement.

La défaute de droit, d'après ce que nous venons de voir, pouvait se produire de deux façons :

1° La défaute de droit provenait de ce que le seigneur refusait de rendre la justice, ou ne rassemblait pas ses hommes, ou les rassemblait en nombre insuffisant; le seigneur était alors ajourné. S'il était victorieux, il lui était payé une amende de 60 livres et la cause était renvoyée devant la Cour;

si la défaute était gagnée par la partie appelante, le seigneur n'était condamné à aucune amende, mais il ne pouvait plus connaître de l'affaire objet de la défaute;

2° Si la défaute provenait des hommes du seigneur, ils étaient alors assignés devant le tribunal du suzerain et, s'ils étaient vaincus, ils payaient une amende à leur seigneur, et celui-ci saisissait leurs biens jusqu'à ce qu'ils l'eussent intégralement payé.

Nous arrivons ainsi, à peu près vers l'époque de saint Louis, au moment où la royauté commence à reconquérir ses prérogatives, grâce à la force et à l'énergie de certains rois. Nous devons remarquer que les événements ont aussi aidé ces rois dans leur tâche; les croisades éloignent de leur fief le seigneur, l'établissement des communes par Louis VI donne un coup mortel à la féodalité; le roi se créait des alliés au milieu des fiefs de ses vassaux en protégeant les faibles contre les puissants: d'importantes provinces telles que le Poitou, l'Aquitaine, les comtés d'Amiens, de Vermandois, la province d'Artois, contribuèrent singulièrement à augmenter la puissance royale: la féodalité était battue en brèche, elle devait disparaître peu à peu.

Philippe-Auguste avait créé dans les provinces royales les baillis, chargés à l'origine de surveiller les officiers royaux; plus tard, on augmenta leur nombre, on les chargea de surveiller les diverses juridictions et ils faisaient des tournées à l'exemple des anciens missi dominici. Ce fut à eux qu'on s'adressa tout naturellement pour juger les défautes de droit, ils représentaient le roi, le suzerain par excellence, et ils s'emparèrent de cette occasion pour évoquer et réformer les jugements dans les pays soumis directement à la puissance royale, ils ne jugeaient pas sans appel, le roi seul jugeait en dernier ressort; dans les provinces qui ne dépendaient pas du

domaine royal on prit coutume de s'adresser à eux, de sorte que la Cour du roi reprit peu à peu de l'importance; on y jugeait les causes les plus importantes; on y réformait les mauvais jugements. Enfin, elle devait devenir, plus tard, le Parlement qui connaîtra de tous les appels de quelque pays qu'ils vinssent.

Ces progrès ont certainement été accomplis par cette préoccupation qu'avait le roi d'étendre le plus possible son pouvoir judiciaire; cela a été certainement un de ses plus puissants moyens, et l'appel, en créant la juridiction royale comme souveraine, remplaça les vassaux dans la dépendance du roi. Si, pendant la période que nous venons d'étudier, c'est-à-dire depuis Charlemagne jusqu'à saint Louis, nous venons de voir que l'appel avait totalement disparu; dans le midi de la France on suivait le droit romain et partout le principe de l'appel était admis. Le christianisme, d'autre part, s'était répandu en Gaule avec une prodigieuse rapidité, la hiérarchie existait entre les différents membres du clergé, et, grâce à ces divers degrés de puissance et de juridiction, l'appel avait été de bonne heure admis et fonctionnait régulièrement, on appelait, nous dit Beaumanoir, de l'évêque à l'archevêque, et de celui-ci à l'apostole.

A partir de saint Louis, nous assistons à un changement dans l'état social. Ce règne est le point de départ d'une série de réformes humanitaires qui vont contribuer à augmenter le pouvoir du roi et dont le couronnement de l'œuvre sera la royauté absolue; les mœurs s'adoucissent et l'on voit que la France va sortir de l'époque de barbarie qui durait depuis des siècles. L'appel va, par suite de réformes heureuses, s'implanter à nouveau, il va se développer d'une manière régulière et prendre la physionomie sous laquelle nous le concevons aujourd'hui. Les principales causes de son développement

sont la culture du droit romain qui est alors en grand honneur; des écoles se forment à Montpellier, à Toulouse, à Orléans, et l'empressement est si grand que certains conciles, craignant que les élèves ne fussent détournés de la lecture des textes sacrés ou des fonctions de leur ministère, défendirent aux religieux l'étude des lois romaines. Les légistes, de leur côté, donnèrent un coup bien dur à la féodalité; imbus des idées romaines, ils arrivèrent à concevoir une haute idée du pouvoir royal. Ils virent dans le roi, le continuateur de l'empereur romain qui, ayant réuni sur sa tête tous les pouvoirs, pouvait à son gré modifier les lois. C'est ce principe que nous trouvons dans la Somme rurale de Boutillier. « Les » nobles rois de France sont empereurs dans leur royaume et » faiseurs et conditeurs en la loi » (Somme rurale, 2^e part., tit. I). A ces deux causes, le pouvoir croissant de la royauté et la culture du droit romain, l'appel dut surtout son développement à la disparition du duel judiciaire, dont nous verrons tout à l'heure les diverses ordonnances qui en ont consacré l'abolition.

Sous le bénéfice de ces observations, nous revenons à l'appel et nous le reprenons au règne de saint Louis et énumérons les faits; le premier coup fut porté au duel judiciaire par Louis IX; cette institution avait déjà été réprouvée par le pape Alexandre III et condamnée par le concile de Latran de 1215. Le roi l'abolit dans ses domaines par une ordonnance de 1260, et cette prohibition est reproduite dans ses établissements de 1270, liv. I^{er}, chap. iv; il survivait cependant pour les cas douteux. Mais l'institution était encore en vigueur dans le camp de seigneurs et nous voyons Philippe le Bel l'attaquer timidement par une ordonnance de 1296; nous le voyons défendre le duel judiciaire pendant la guerre qu'il soutient avec l'Angleterre.

Il est obligé de renouveler ces prohibitions en 1303; enfin, en 1306, nouvelle ordonnance enjoignant que le duel n'aura plus lieu en matière civile, il le restreint à quatre cas en matière criminelle¹, une ordonnance de 1315 de Louis X. conçue sans doute dans un esprit rétrograde, rétablit le duel judiciaire, mais il n'était déjà plus dans les mœurs et cette ordonnance ne reçut pas d'exécution.

Depuis saint Louis, on peut donc fausser un jugement sans qu'il y ait bataille; la partie pouvait appeler en se basant sur le préjudice que lui causait la sentence. L'appel ainsi compris n'est plus une injure pour le juge qui a rendu la décision, c'est le principe romain exposé dans la loi 20, C. « *De appellationibus. Non enim judicem oportet injuriam sibi fieri existimare;* » c'est cette idée que nous nous faisons encore aujourd'hui de l'appel. Mais le caractère injurieux a laissé des traces, et nous en trouverons tout à l'heure une preuve dans l'amende de fol appel. L'appel n'entraîne donc plus le crime de félonie. Fausser le jugement deviendra synonyme d'appeler dans le sens moderne du mot, et saint Louis qui savait combien les hommes sont naturellement adversaires de tous changements et combien ils acceptent facilement une réforme, pourvu que cette réforme soit déguisée sous la forme d'une ancienne institution, qu'elle conserve notamment son ancienne appellation, ôta la chose, mais laissa subsister les termes. On pouvait alors demander des amendements des jugements. L'amendement devait être présenté au juge dont on attaquait la sentence, le jour même du prononcé de cette sentence. Si le bailli l'accueillait favorablement, il rassem-

1. Il fallait que : 1° Le corps du délit fût certain ; 2° Que le titre de l'accusation fût capital ; 3° Que la culpabilité ne pût être prouvée par les voies ordinaires ; 4° Enfin, que les présomptions de la cause concourussent à établir une preuve irrécusable.

blait les juges qui avaient concouru au jugement, il pouvait même s'adjoindre en plus de nouveaux juges; si le tribunal accueillait l'amendement favorablement, tout était fini. Mais il pouvait arriver, ou que le bailli refusât de recevoir l'amendement, ou que le tribunal après second examen de l'affaire ne se déjugéât pas; dans ces deux cas l'appelant avait une dernière ressource, c'était la supplique au roi. Il n'y avait aucun délai pour présenter cette supplique, elle pouvait porter soit sur le mal jugé, soit sur erreur de fait, soit enfin sur une erreur de droit (Établissements de saint Louis, t. I^{er}, chap. lxxx; t. II, chap. xv).

Tout ce que nous venons de dire ne s'applique qu'aux pays sous l'obéissance du roi. Que se passa-t-il pour les provinces hors l'obéissance du roi? « Saint Louis, nous dit Montesquieu, » statuant pour ses domaines, ne fut pas gêné dans ses vues, » mais il eut à garder des ménagements avec les seigneurs » qui jouissaient de cette ancienne prérogative, que les » affaires n'étaient jamais tirées de leurs cours à moins qu'on » ne s'exposât au danger de les fausser. » Ainsi donc, dans ces provinces, le duel judiciaire subsista, mais beaucoup de seigneurs finirent par admettre la procédure des établissements de saint Louis, et les appels de ces jugements se portèrent tout naturellement à la Cour du roi.

Le duel judiciaire devait recevoir une nouvelle atteinte. Si le fauteur appelait de la sentence « sans vilain cas, » rapporte Beaumanoir, c'est-à-dire sans prendre le juge à partie, l'appel se portait devant la Cour du roi et se vidait sans qu'il y eût bataille. On comprendra facilement que la partie, ayant le choix entre l'ancienne coutume ou la nouvelle procédure, s'empressait d'appeler « sans vilain cas, » et de ne pas confier sa cause au sort douteux des armes. De ceci on peut induire que déjà on commençait à regarder le juge

comme n'étant plus responsable de sa sentence, mais ce principe ne fut adopté qu'assez difficilement, et on continua à rejeter sur lui la responsabilité de ses décisions. On l'ajournait donc : si c'était un juge royal, on le citait devant la Cour du roi ; si c'était un juge seigneurial, on ajournait son seigneur. Si l'appelant perdait son procès, en souvenir du caractère injurieux de l'appel, il devait payer au juge l'amende de fol appel, amende qui n'avait plus sa raison d'être puisque, nous l'avons dit, le juge est en dehors du procès. On ne s'attaque plus qu'à la sentence ; ce que l'on considère, ce n'est plus la personne qui a jugé, c'est le dommage que peut causer la décision. Quoi qu'il en soit, ce caractère injurieux a persisté, et le Code de procédure a conservé à tort, suivant nous, ce vestige de notre ancien droit. Si l'appelant est vainqueur, le juge devra payer l'amende de fol jugé. Mais, plus tard, les procès augmentant, les seigneurs étant absents continuellement de leur tribunal, ils se firent remplacer par des baillis et, les réformes se continuant, on finit par citer les parties devant la juridiction royale ; l'amende de fol jugé disparut, mais l'amende de fol appel subsista. Cette dernière réforme s'accomplit sous Philippe de Valois. Un autre moyen permettait d'enlever aux barons les causes qu'ils étaient appelés à juger au premier degré, et de les transporter à la Cour royale. Les plaideurs, dès l'instance engagée et avant qu'elle fût terminée par un jugement, avaient la faculté d'appeler devant le juge supérieur pour cause de suspicion des premiers juges. C'était l'appel volage.

De toutes ces considérations il résulte que l'autorité royale s'affermissait de jour en jour, et la tendance d'attirer à elle la juridiction était un puissant moyen d'arriver à la domination absolue. Les justiciables préféraient s'adresser au roi

qui avait une justice plus humanitaire; le duel judiciaire, cette coutume barbare, inventée plutôt pour le plaisir du seigneur que pour l'intérêt des justiciables, y était bannie; les conseillers du roi étaient des hommes instruits. Mais toutes ces réformes ne s'accomplirent pas aussi facilement qu'on pourrait le croire, il n'est pas de moyens que les seigneurs employassent pour empêcher les appels d'arriver au roi : torture, pillage, voire même la pendaison. Cependant les rois tinrent bon et furent définitivement victorieux. D'un autre côté les barons s'éloignèrent peu à peu de leur tribunal, ils avaient peu de goût pour les affaires judiciaires, il fallait les étudier, les instruire, ils laissèrent ce soin aux prévôts et aux baillis.

Dans les domaines du roi, on appelait du prévôt au bailli et de ce dernier à la Cour du roi; dans les autres provinces on appelait du plus bas seigneur au plus haut seigneur, c'est-à-dire au roi, au grand fief du royaume, comme on disait alors. La Cour du roi était composée des barons, des pairs et des juristes, elle s'occupait des affaires publiques et des affaires privées quand ses loisirs le lui permettaient; de là des incertitudes fâcheuses, les parties ne pouvant savoir quand se présenter et quand leur procès recevrait solution. Saint Louis fixa, le premier, des époques où sa Cour ne s'occuperait que d'affaires judiciaires; c'était à l'époque des grandes fêtes religieuses. Nous arrivons ainsi à l'origine du Parlement.

Nous ne rechercherons pas ici quelle a été l'origine des parlements et si l'on doit y trouver le germe dans les assemblées de mars et de mai des deux premières races, ce serait sortir du plan de cette étude. Sous Philippe-Auguste, le Parlement suivait le roi, il était ambulatoire, mais il n'avait pas d'époques fixes pour se rassembler dans le but de juger

les procès des particuliers. Saint Louis assigna certaines périodes où le Conseil du roi s'occuperait spécialement des affaires judiciaires; il choisit quatre grandes fêtes de l'année : la Chandeleur, Pâques, l'Ascension et la Toussaint. Pendant cette période, le Conseil prenait plus particulièrement le nom de Parlement; la session, dont la durée était illimitée, prenait le nom de la fête qui en fixait l'époque. On disait le Parlement de Pâques, le Parlement de la Toussaint. Le premier document qui constitue véritablement le Parlement est une ordonnance de 1302, rendue par Philippe le Bel¹.

Philippe le Bel, par une ordonnance de 1320, divisa le Parlement en quatre Chambres : 1° La Chambre des requêtes qui examinait la recevabilité des affaires; 2° La Chambre des enquêtes qui étudiait les affaires et les préparait pour être transmises à la Grand'Chambre qui jugeait alors après plaidoiries; 4° Enfin la Chambre criminelle ou la Tournelle. Les sessions du Parlement duraient deux mois, et depuis Philippe le Bel, il n'était plus ambulatoire, il avait son siège à Paris, dans le palais de la cité, à l'endroit où se trouve le palais de justice actuel. Entre les sessions, il fallait bien cependant expédier les affaires qui arrivaient de plus en plus nombreuses; le roi, avant la fin d'une session, choisissait des conseillers qui siégeaient hors session. Peu à peu ces sessions se confondirent, le Conseil devint permanent, et le Parlement finit par siéger toute l'année. Le pouvoir royal s'étend toujours, de grandes provinces s'adjoignent à la couronne, le Parlement de Paris ne suffisant plus, il fallut créer d'autres parlements dans les provinces; c'est ainsi qu'en 1553,

1. Pour le bien de nos sujets et l'expédition des affaires, nous nous proposons qu'il soit tenu, deux fois l'an, deux parlements à Paris, deux échiquiers à Rouen, deux grands jours à Troyes et un parlement à Toulouse, tel qu'il se tenait anciennement.

fut créé, à Rennes, le Parlement de Bretagne. Ces divers parlements avaient une autorité égale, cependant celui de Paris conserva sur les autres une certaine suprématie, qui était sans doute due à la situation spéciale où il se trouvait de siéger près du roi.

Au-dessous des parlements nous trouvons les bailliages. Les baillis avaient été créés par Philippe-Auguste pour surveiller la manière dont les grands seigneurs rendaient la justice et pour réprimer les abus; ils connaissaient, nous le savons, des appels de défaut de droit, puis, comme les seigneurs eux-mêmes ne connaissaient que fort peu les études juridiques, les baillis, qu'on avait créés en grand nombre, n'eurent pas de peine à attirer à eux la connaissance des affaires litigieuses. De fonctions temporaires qu'ils avaient eues à l'origine, ils finirent par juger d'une façon permanente. Au-dessous d'eux étaient les prévôts. Prévôts, comtes ou viguiers, puis, en dernier lieu, les juridictions seigneuriales divisées en seigneuries de haute, moyenne ou basse justice.

Les prévôts et les baillis étaient des barons, des chevaliers, ils portaient l'épée; aussi les baillis royaux se distinguaient-ils des baillis à robe longue ou baillis nommés par les seigneurs. Ces baillis royaux avaient peu de goût pour les affaires judiciaires, il leur fallait des duels, des batailles. Ils nommèrent pour les remplacer des lieutenants de bailliage qui finirent par avoir le pouvoir judiciaire effectif; les baillis et les prévôts n'eurent plus qu'un titre purement nominal.

Un édit de 1551, d'Henri II, dans le but de décharger les parlements des appels de peu d'importance et d'arriver par là à accélérer un peu la justice, institua les présidiaux. Chaque présidial se composait de neuf juges. Ils jugeaient tantôt en dernier ressort, c'est-à-dire toutes les contestations dont le chiffre ne dépassait pas 250 livres de

capital ou 10 livres de rentes, tantôt, dans toutes les autres affaires, ils jugeaient à charge d'appel devant le Parlement. Dans le premier cas, ils statuaient présidialement, ou encore suivant le premier chef de l'édit, il fallait au moins que sept juges ou présidiaux prennent part à la délibération; dans le deuxième cas, ils statuaient suivant le deuxième chef de l'édit. Nous mentionnerons enfin que ces tribunaux avaient une certaine compétence criminelle. L'édit de Henri II, ou édit des présidiaux, fut interprété par plusieurs autres; on créa des présidiaux dans un très grand nombre de villes. L'édit de Moulins en supprima un grand nombre et ne maintint que les présidiaux qui se trouvaient au chef-lieu du bailliage. Enfin, des ordonnances de 1774, 1777, 1778, réglèrent d'une manière définitive les attributions de ces juridictions : disons notamment que leur compétence en dernier ressort fut portée de 250 livres à 2,000 livres, tant en principal qu'en intérêts.

Quant à l'appel, il se portait des seigneuries de basse et de moyenne justice au seigneur haut justicier, et de là aux juridictions royales, prévôtés, bailliages, présidiaux ou parlements.

Telles sont les juridictions ordinaires de notre ancienne monarchie et l'état de l'appel sous notre ancien droit.

Il y avait à côté de cela des juridictions extraordinaires et d'exception; nous citerons, en matière commerciale, les tribunaux consulaires, ils jugeaient en dernier ressort jusqu'à 500 livres; pour les affaires maritimes, l'amirauté; en matière de finances, ce sont les tailles et les aides, la Chambre du trésor, etc.

Certaines juridictions avaient un tribunal d'appel spécial tels que la Cour des aides, la Cour des comptes; les autres ressortissaient du Parlement. Certaines personnes jouissaient

en outre d'une faveur spéciale d'être jugées par des juges spéciaux. C'est le privilège de *committimus*.

Telles sont les juridictions sous notre ancien droit. De ces diversités, de ces innombrables tribunaux, il résultait une confusion, un désordre qui devaient rendre, suivant nous, fort délicate la question de détermination de compétence. On peut se rendre compte combien il fallait parcourir de degrés pour arriver à une décision en dernier ressort, et quand nous aurons dit que les délais d'appel avaient la même durée que la prescription, on verra facilement qu'un procès pouvait durer pendant plusieurs générations. La multiplicité des degrés rendait fort coûteux et fort onéreux les procès; la mauvaise foi et la chicane faisaient naître de véritables scandales. Ceci explique plus que d'une manière suffisante pourquoi, en 1790, lorsqu'on va entreprendre les grandes réformes, nous trouverons de nombreux adversaires contre l'institution de l'appel.

L'édit de 1667, qui régla la procédure, n'avait pas touché à l'organisation judiciaire et nous citerons, comme réforme, notamment la réduction des délais d'appel de trente à dix ans. Il est vrai, qu'en 1788, Louis XVI supprima les bailliages et sénéchaussées pour les fondre avec les présidiaux, mais il établit entre les parlements et les présidiaux, de grands bailliages qui purent connaître en dernier ressort jusqu'à la valeur de 20,000 livres; il n'y avait donc pas de réforme, puisqu'on supprimait une juridiction et l'on en créait une nouvelle.

Cependant les juridictions d'exception furent supprimées et le roi permettait que les parties pussent s'adresser directement aux justices royales, sans passer par les justices seigneuriales. Louis XVI était animé des meilleures intentions, mais il fut forcé de rapporter presque aussitôt ces

ordonnances. La Révolution allait accomplir ces réformes et en établissant une nouvelle organisation judiciaire et en proclamant l'unité de juridiction.

L'un des premiers actes de l'Assemblée Constituante fut de mettre les parlements en vacances indéfinies, par un décret du 3 novembre 1789. On se rappelait l'opposition systématique que ces grandes assemblées, composées des privilégiés de l'ancien régime, avaient apportée à toutes les réformes, et l'Assemblée craignait qu'il en fût de même pour les mesures nouvelles de réorganisation qu'elle allait prendre. Déjà, le 4 août précédent, les justices seigneuriales avaient été abolies. Mais la difficulté ne consistait pas à renverser l'ancien état de choses, il fallait reconstruire, c'est là où les embarras de toutes sortes allaient surgir, il fallait, pour rendre le travail moins pénible, procéder avec méthode; c'est ce que fit l'Assemblée en précisant, par un décret du 31 mars 1790, les questions principales sur lesquelles porteraient son attention. De ce décret, nous ne retiendrons que les points concernant le maintien de l'appel et le nombre des degrés de juridiction. La question de l'appel se posa d'abord incidemment sur la discussion touchant l'institution du jury. Devait-on l'admettre en matière civile et en matière criminelle? Après de longs débats, le jury ne fut pas admis en matière civile, sans cela c'en était fait de l'appel. La question de l'appel apparut alors dans toute sa réalité. Devait-on admettre le principe de l'appel? En cas d'affirmative, quel sera le tribunal qui en connaîtra? Telles furent les deux questions à résoudre.

Sur la première question on peut réduire, suivant nous, à trois les diverses opinions qui se formèrent. La première opinion comprenait tous les adversaires de l'appel. On faisait valoir des arguments basés sur l'histoire, la théorie d'Ulpien

dans la loi 1, D., de App., disant que la dernière sentence ne vaut quelquefois pas la première. On ressuscitait les institutions de l'ancien régime. On avançait des principes de droit. On invoquait le respect dû à l'autorité de la chose jugée, la stabilité et le respect dus à la sentence des magistrats. Les tribunaux supérieurs n'étaient pas plus infaillibles que les autres tribunaux, et, en définitive, on n'était pas plus certain de prouver que la décision d'appel était bien l'expression de la vérité.

L'opinion contraire réfutait avec force tous ces arguments; nous renvoyons, quant à ses moyens, au chapitre préliminaire de l'appel en droit romain, quand nous avons examiné la nécessité de l'appel et son utilité. Nous reproduisons en note ces arguments qui, étant vrais en droit romain, l'étaient en 1790 et le sont encore aujourd'hui ¹.

1. Voici les motifs que nous invoquons pour justifier l'appel. Cette voie de recours permet, en effet, d'améliorer, de rendre plus parfaite la sentence des premiers juges; elle est un moyen de réparer leurs erreurs. Le juge d'appel peut se faire une idée plus exacte, plus précise de la question soumise aux premiers magistrats; la cause lui est transmise débarrassée de ces questions sans importance, de ces mille petits détails, de ces prétentions exagérées des parties, événements qui surgissent au moment où naît le procès, et qui, loin d'éclairer la question en litige, servent plutôt à la rendre plus obscure, et ne permettent point au juge d'apprécier, de reconnaître la cause exacte de la contestation. Mais, au moment où l'appel s'engage, les explications des parties ont été entendues, les plaidoiries ont eu lieu, un jugement a été rendu, les plaideurs en appel circonscriront presque toujours le débat aux questions les plus importantes; le magistrat d'appel aura les débats, le jugement de première instance pour l'éclairer, il en tirera des renseignements précieux pour prendre parti. Il jugera avec plus d'indépendance que le magistrat du premier degré. Moins sujet à vivre au milieu des plaideurs, il n'emportera pas de ce contact, soit la haine, soit la sympathie, pour l'une ou l'autre des parties en cause, il jugera donc sans passion. L'homme est sujet à erreur, et une première décision n'offre pas une garantie suffisante aux parties et à la Société. Si la décision vient à être réformée, c'est que sa solution présentait des difficultés était délicate. Le premier juge s'est trompé, il ne peut encourir aucun reproche, car il a jugé suivant sa conscience, il a pu commettre une erreur de droit, ou une erreur de fait, le magistrat d'appel réparera ces erreurs. Aucune irrévérence, aucun manque de respect envers

La troisième opinion, qui se rapporte plutôt à la deuxième question que nous allons examiner tout à l'heure, admettait en principe l'appel; mais ils ne voulaient pas ressusciter le passé, et leur embarras était de trouver des juges d'appel.

Quoi qu'il en soit, les partisans de l'appel triomphèrent, et si la question de théorie avait suscité une longue lutte, la question d'application devait, elle aussi, donner lieu à de nombreux débats. Quels seraient les tribunaux d'appel? Il fallait avant tout ne pas créer de tribunaux supérieurs, on craignait que ces juridictions ne vinssent s'ingérer dans les affaires publiques; on avait encore présents à la mémoire les anciens parlements. Le problème fut résolu par la loi du 24 août 1790 concernant l'organisation judiciaire. On créa dans chaque canton un juge de paix, la France avait été divisée en départements et chaque département en districts. On créa dans chaque district un tribunal.

L'appel se portait d'un tribunal à l'autre. L'art. 1^{er} du titre V de la loi du 24 août 1790 dit : « Les juges de districts

le juge n'en sont la conséquence. Ce qu'on critique, ce qu'on attaque, ce n'est pas le juge lui-même, c'est sa décision. Si la sentence est confirmée, elle n'en sera que plus respectable, puisque deux juridictions y ont apposé leurs sanctions. L'appel est un moyen pratique pour permettre au plaideur de réparer les erreurs que lui-même a pu commettre en première instance, de présenter de nouveaux moyens pour sa défense, de produire de nouvelles pièces. Si cette voie de recours permet de réparer les erreurs, les omissions du juge, il est tout juste qu'elle ne se retourne pas contre celui qui l'emploie, et qu'elle lui permette de réparer ses propres erreurs, ses propres omissions. On nous objectera que le juge d'appel peut aussi se tromper, et le jurisconsulte Ulpien le dit lui-même dans la loi I, pr. Dig. *De appellationibus*, XLIX-1, quand il ajoute après avoir constaté la nécessité de l'appel. « *Licet nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est.* »

Cependant, les chances d'erreurs seront diminuées par une expérience consommée des affaires chez le magistrat d'appel, par la nécessité d'un plus grand nombre de juges à connaître du litige, à concourir au jugement.

Toutes ces considérations n'étaient-elles pas de nature à vaincre les adversaires les plus acharnés de notre voie de recours, aussi l'appel est-il sorti victorieux de la lutte.

seront juges d'appel les uns à l'égard des autres. » Dans chaque tribunal était dressé un tableau des sept tribunaux les plus voisins; les parties pouvaient elles-mêmes choisir le tribunal d'appel (art. 1^{er}, § 2), sinon on tirait les tribunaux au sort; chaque partie pouvait en récuser trois, et le dernier était le tribunal compétent d'office (art. 1^{er}, §§ 4 à 7). La loi, dans son § 9, prévoit le cas où il y aura plus de deux parties en cause. C'est le système des appels circulaires. C'était, comme on le voit, l'idéal rêvé. Mais, dit M. Boncenne (Pr. civ. I int. p. 443), c'était une combinaison assez étrange que ces appels circulant entre les tribunaux placés sur la même ligne, dont un réformait un jour celui qui devait le réformer le lendemain. La souveraineté judiciaire, incertaine et vague, ne résidait nulle part et pouvait s'asseoir partout, elle ne donnait pas plus de garanties pour le premier que pour le dernier ressort. Tel plaideur avait eu tous les suffrages des cinq juges en première instance qui sur l'appel en trouvait trois contre lui. Réunissez les opinions de ces juges égaux en nombre sur leurs sièges, égaux en autorité et probablement en lumière, et vous verrez que le malheureux perdait son procès avec une majorité favorable de sept voix sur dix¹.

On ne peut plus désormais parcourir que deux degrés de juridiction. Le système du droit romain et de l'ancien droit autorisant plusieurs appels est rejeté; c'est ce qui résulte de l'art 1^{er}, § 7, du tit. 1^{er}, prévoyant divers cas où le tribunal juge tantôt en premier, tantôt en dernier ressort.

Les délais d'appel furent réduits à trois mois à partir de la signification du jugement à personne pour les jugements

1. Pour comprendre ce dernier passage, nous devons dire que chaque tribunal de district se composait de cinq juges qui jugeaient tantôt en première instance et tantôt en appel, mais le § 8 de l'art. 1^{er} du tit. IV fixe le nombre minimum des juges.

contradictoires ; pour les autres jugements, et, en outre, pour les jugements par défaut, on restait sous l'empire de l'ordonnance de 1667.

Les règles de la compétence furent également modifiées, nous réservons ce point. Telle fut l'économie de la loi de 1790.

La Convention nationale, sous prétexte de détruire le despotisme et la puissance des juges voulut les remplacer par des arbitres publics élus par le peuple chaque année. Ces principes contenus dans la Constitution du 24 juin 1793 ne reçurent heureusement aucune application, car cette constitution ne fut jamais mise en vigueur. Cependant les institutions judiciaires devaient comme toutes les autres institutions recevoir le contre-coup de 1793. Une loi du 13 brumaire an II supprimait toute procédure et en même temps les fonctions d'avoués, c'était l'anarchie dans toute son horreur. L'appel survécut cependant.

La Constitution de l'an III qui créait le Directoire, réorganisa le pouvoir judiciaire ; elle supprima les tribunaux de district et ne conserva que les tribunaux du chef-lieu du département. L'appel se portait comme autrefois d'un tribunal à un autre. Enfin, la loi du 27 ventôse organisa l'administration judiciaire telle que nous la trouvons encore aujourd'hui dans ses grandes lignes. Il y a un tribunal de première instance par arrondissement ; vingt-neuf tribunaux d'appel étaient institués ayant chacun sous son autorité plusieurs départements et, par suite, plusieurs tribunaux dont ils connaissaient des décisions. Le principe du double degré de juridiction posé par l'Assemblée Constituante était maintenu, mais la hiérarchie judiciaire, inhérente à l'appel, était créée, et la nécessité d'un tribunal supérieur donnant plus de force, plus d'autorité à ses décisions, avait été reconnue. Entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif, la séparation des pouvoirs proclamée en

1790 ne faisait plus craindre les dangers que l'on redoutait en hésitant de créer des tribunaux supérieurs, et si, autrefois, les parlements avaient tenu en échec le pouvoir des rois, pareille résistance ne pouvait plus se reproduire contre le pouvoir nouveau. L'art. 1^{er}, § 13, tit. II, de la loi de 1790 pose nettement le principe de la séparation des pouvoirs : « Les » fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours » séparées des fonctions administratives; les juges ne » pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière » que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer » devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » Nous arrivons enfin au Code de procédure de 1806 qui ne changea rien à l'état de choses existant. Une loi de 1838 est venue apporter des modifications à la compétence, mais la loi fondamentale, la loi de ventôse, est encore aujourd'hui en vigueur et c'est elle qui aura eu l'honneur de servir de modèle à certains peuples pour leur organisation judiciaire.

De l'Appel des décisions rendues par les Tribunaux Civils et de Commerce.

INTRODUCTION

La justice est une institution humaine, et comme telle sujette à erreur; par suite, la nécessité des voies de recours se fait sentir, et nous n'insisterons pas sur cette nécessité qui n'a, comme on le croyait dans l'ancien droit, aucun caractère

injurieux ; ce n'est pas le juge qu'on attaque ; une voie de recours, la prise à partie, existe dans notre droit, c'est la décision qu'on critique. Toutes les législations actuelles permettent aux parties d'attaquer une décision qui leur fait grief, la différence entre les divers pays consiste simplement dans la latitude plus ou moins grande qui leur est donnée d'user de cette faculté.

En droit français, les voies de recours sont ordinaires ou extraordinaires ; les voies ordinaires sont l'opposition et l'appel ; les voies extraordinaires sont la requête civile, le recours en cassation, la prise à partie et la tierce opposition.

Telles sont les seules voies de recours. La loi ne permet pas notamment d'attaquer directement un jugement pour cause de nullité, comme on pourrait le faire par exemple pour une convention. Si un jugement est nul pour vice de forme, il faut en appeler comme on le ferait si on voulait l'attaquer pour mal jugé. Le jugement nul existe tant qu'il n'a pas été anéanti par une des voies de recours autorisées par la loi, et il conserve jusqu'à ce moment toute sa force, toute son autorité, comme une décision régulière.

Nous trouvons là une différence bien nette entre notre droit et le droit romain, et on exprime ce principe par le brocard bien connu : « En France, voies de nullités n'ont pas lieu. »

Nous n'avons point à tirer aucune conséquence, de la division mentionnée ci-dessus, des voies de recours en France ; nous dirons cependant que les voies ordinaires se divisent en voie ordinaire de rétractation qui est l'opposition, et en voie ordinaire de réformation qui est l'appel, et qu'entre ces deux voies ouvertes la voie de réformation n'est permise que lorsque la voie de rétractation n'est plus possible ; autrement dit, on doit avoir recours à la voie de rétractation, puis

ensuite à la voie de réformation. Nous aurons à tirer de nombreuses conséquences de ce principe.

Nous avons choisi, parmi les voies de recours, l'appel et encore n'en traiterons-nous pas d'une façon générale. Parmi les divers sujets, fort nombreux et fort intéressants qui y ont trait, et qui, chacun pris isolément, pourraient faire l'objet d'un travail spécial, nous avons choisi l'étude des décisions rendues par les tribunaux civils et de commerce qui peuvent être portés en appel.

Nous avons considéré que cette question avait un intérêt capital, car, c'est cette question résolue et présentant de grandes difficultés qui ouvre le champ de l'appel; c'est le fondement de cette institution; aussi est-ce sur elle que nous avons voulu porter tous nos efforts; telles sont les raisons qui nous ont conduit à notre choix; nous laissons de côté l'intérêt personnel qui avait pu alors nous guider dans le choix de ce sujet, dont nous voulons présenter une étude aussi complète et aussi détaillée que possible. Nous passerons en revue toutes les hypothèses que nous jugerons pouvoir se présenter, nous ne laisserons aucun détail dans l'ombre. Nous essaierons enfin de joindre à la théorie certaines questions pratiques qui nous paraîtront dignes d'intérêt.

Nous ne nous dissimulons pas les difficultés de traiter un sujet aussi difficile, nous réclameons l'indulgence; nous ferons notre possible, heureux si nous pouvons atteindre le but que nous nous proposons.

TITRE PRELIMINAIRE

Notions générales sur la compétence civile des Cours d'appel.

Nous verrons dans les préliminaires de notre titre 1^{er} ce que l'on doit entendre par les expressions juridiction, compétence. Pour le moment, ce que nous voulons simplement faire connaître, c'est l'énumération des différentes affaires dont peuvent connaître les Cours d'appel.

C'est en quelque sorte le résumé de notre travail que nous voulons condenser en quelques lignes. Nous voulons par avance, indiquer la compétence « *ratione materiæ*, » la compétence « *ratione personæ vel loci* » de nos grands corps judiciaires, et déterminer ainsi les limites de la tâche que nous nous sommes tracée. Écartant donc pour le moment tout principe, toute théorie, énumérons de suite les diverses matières qui vont faire l'objet de notre étude. Nous diviserons ce titre préliminaire, en deux paragraphes : 1^o Compétence « *ratione materiæ*; » 2^o Compétence « *ratione loci*. » Nous n'avons pas à nous occuper de la compétence « *ratione personæ*, » la Cour, comme nous le verrons plus tard, ne pouvant être directement saisie comme le serait un tribunal de premier degré.

§ 1^{er}. — Compétence *ratione materiæ* :

Il est une distinction à laquelle nous devons nous attacher immédiatement, qui a une importance considérable et qui est propre aux Cours d'appel (nous ne voulons pas citer la

(Cour de cassation), c'est la division des audiences en audience ordinaire et audience solennelle. Nous ne nous occuperons pas de savoir quelle est la composition de ces audiences. La loi du 30 août 1883, dans ses art. 1 et 19, s'est chargée de répondre à cette question, mais poursuivons. Cette distinction entre l'audience ordinaire et l'audience solennelle constitue deux juridictions réellement distinctes : ainsi, dans la même Cour, nous allons trouver, en quelque sorte, deux tribunaux composés chacun des mêmes magistrats siégeant, tantôt solennellement, tantôt comme de simples juges. On eût peut-être été porté à croire que l'audience solennelle pût connaître des affaires qui sont jugées en audience ordinaire ; qu'en raison de sa composition, sa compétence devait être plus étendue ; il n'en est rien, et la Cour, jugeant soit en sections réunies, soit en audience ordinaire, a des attributions différentes. L'audience ordinaire est la règle, l'audience solennelle l'exception. Ainsi donc, toutes les affaires doivent être portées à l'audience ordinaire, à moins qu'un texte spécial n'attribue compétence aux Chambres réunies ; conséquence : les causes qui doivent être jugées en audience solennelle ne sauraient l'être en audience ordinaire et réciproquement. Il y a là un principe qui touche à la compétence « *ratione materiæ*, » c'est-à-dire à l'ordre public, ce moyen n'étant pas susceptible d'être couvert par la volonté ou le silence des parties, et pouvant être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation (Cass., 6 novembre 1883, S., 84-1-105).

Énumérons rapidement les causes qui peuvent être jugées en audience ordinaire ; nous citerons ensuite celles qui doivent recevoir l'honneur de la solennité des audiences.

SECTION PREMIÈRE

Audiences ordinaires. — Les Cours d'appel connaissent, comme second degré de juridiction, de l'appel des décisions rendues en premier ressort par les tribunaux civils et par les tribunaux de commerce, des ordonnances de référé, des ordonnances rendues par un seul juge, des sentences arbitrales dont les matières, en l'absence de compromis, eussent été de la compétence des tribunaux civils ou de commerce, des décisions des conseils.

Les Cours d'appel connaissent, en second lieu, en premier et dernier ressort, des jugements rendus par les tribunaux civils ou de commerce et dans lesquels elles exercent le droit d'évocation, des divers règlements de juges, si toutes les juridictions, quel que soit le degré dans l'ordre hiérarchique, font partie du même ressort; des demandes en réhabilitation de faillite, des jugements en matière d'adoption, rectification des actes de l'état civil, des demandes nouvelles, de l'exécution des arrêts, demandes en payement de frais, des requête civile, intervention, tierce opposition; etc..

SECTION II

Audiences solennelles. — D'une manière générale, nous dirons que les Chambres réunies connaissent : 1° Des contestations relatives à l'état des personnes, mais cette règle présente des exceptions que nous aurons à étudier en temps et lieu. Signalons tout de suite les exceptions relatives à l'adoption, au divorce et à la séparation de corps; 2° Des causes renvoyées après cassation; 3° Des prises à partie.

La première Chambre civile a, en outre, une certaine juridiction disciplinaire concernant les officiers ministériels que nous mentionnons seulement.

Quant au premier président, à la différence du président d'un Tribunal civil, ses attributions, en dehors de la police des audiences et des pouvoirs personnels qui lui confèrent le droit de prendre des mesures d'ordre intérieur, ses attributions sont pour ainsi dire nulles. Il n'y a pas de juridiction de référé près du premier président : le Code civil lui accorde cependant une compétence spéciale pour statuer sur la réclamation de l'enfant détenu par suite de l'exercice de la puissance paternelle.

§ 2. — *Compétence territoriale.*

Les diverses Cours de France ne peuvent statuer que sur les divers jugements et ordonnances rendus par les tribunaux compris dans leurs ressorts respectifs. Nous aurons à étudier plus tard le point de savoir si l'on peut déroger à cette règle.

Certaines Cours, soit en France, soit dans les colonies, ont des compétences soit « *ratione materiæ*, » soit « *ratione personæ vel loci* » spéciales. La Cour d'Aix a une compétence territoriale spéciale en dehors de son ressort ; les appels des sentences rendues dans les Échelles du Levant, la Barbarie, la Perse et Constantinople doivent être portés devant cette Cour.

Nous prendrons comme division fondamentale de notre travail la distinction tirée des audiences ordinaires et des audiences solennelles. Nous étudierons les diverses compétences que leur attribue la loi ; nous étudierons l'appel principal, puis ce que l'on peut obtenir par l'appel incident. Notre

première partie sera à elle seule presque toute notre étude, car les principes que nous exposerons, étant vrais pour l'audience ordinaire, seront également justes pour l'audience solennelle, sauf des points de détail qui trouveront naturellement leur place au cours de cette étude.

TITRE I^{er}

Audience ordinaire.

PRÉLIMINAIRES

La juridiction¹, qui est l'essence même des fonctions de tout magistrat, est le pouvoir de juger, c'est-à-dire de dégager de la loi générale les applications et les relations juridiques qui conviennent à chaque espèce particulière, de distinguer les questions à résoudre et de leur appliquer la loi. Ce pouvoir de juger ne doit pas être confondu avec la compétence; la juridiction est le principe même du droit de juger, la compétence en est la limite. Le mot juridiction employé dans son autre sens sert à distinguer les divers tribunaux et à les répartir en diverses classes. C'est ainsi que l'on distingue la juridiction administrative, la juridiction civile, la juridiction criminelle. C'est encore dans ce dernier sens que l'on répartit les divers tribunaux en juridiction ordinaire et juridiction d'exception. Nous aurons à employer ce mot juridiction dans les deux sens, mais la distinction se fera d'elle-même. Pour le moment, nous nous servirons dans ces préliminaires du mot juridiction dans son premier sens. Les tribunaux exercent leurs fonctions judiciaires de deux manières; ils statuent tantôt en matière contentieuse, tantôt en matière gracieuse. La juridiction contentieuse est celle qui a pour but de décider entre les prétentions de diverses parties

1. Des mots *jus* et *dicere*. Autrefois ce mot s'écrivait *jurisdiction*.

en présence ou dûment appelées; elle suppose un procès, une lutte; chaque partie est admise à se défendre. La juridiction gracieuse ne suppose, au contraire, aucun procès; la loi permet à une partie de s'adresser au juge, sans avoir besoin d'appeler une autre partie qui pourrait avoir intérêt à réfuter les arguments qu'elle présente. Cette juridiction est ordinairement mise en mouvement par voie de requête adressée au juge, qui statue par voie d'ordonnance favorable ou défavorable à la demande¹. La juridiction contentieuse de la Cour s'exerce à l'audience publique, en présence des conseillers du ministère public, partie jointe ou partie principale et des parties en cause; elle a lieu, soit à l'audience ordinaire, soit en audience solennelle et se termine par un arrêt. En la Chambre du Conseil s'exerce la juridiction gracieuse; elle émane, soit de la Chambre entière, soit du premier président ou d'un président de Chambre.

La juridiction du premier président ne s'exerce, ainsi que nous avons pu le constater dans le titre précédent, qu'en matière gracieuse.

L'appel en matière contentieuse est la règle; il n'est pas admis en principe contre les ordonnances. Nous verrons que ces deux règles ont chacune leurs exceptions.

Avant d'aborder notre sujet, nous voulons tout de suite dégager quelques questions générales qui trouvent ici leur place, et qui nous permettront de ne pas scinder les diverses matières spéciales dont nous aurons à nous occuper.

1^{re} QUESTION. — Une Cour, saisie de l'appel d'un jugement d'un Tribunal civil ou de commerce qui est incompétent

1. Certains actes très importants doivent, pour être valables, recevoir la consécration, l'approbation du pouvoir judiciaire. Ces formalités rentrent dans la juridiction gracieuse des tribunaux.

« *ratione materie*, » peut-elle, soit d'office, soit sur les conclusions des parties, annuler le jugement et renvoyer les parties devant « qui de droit, » ou, posant la question sous une autre face, les parties peuvent-elles, de leur propre autorité, porter leur différend devant une juridiction autre que celle déterminée par la loi pour en connaître? Que doit faire la Cour?

Cette question, dont la solution paraît tout d'abord d'une simplicité extrême, si l'on s'appuie sur les principes généraux à savoir que si le Tribunal civil, saisi à tort d'un litige qui ne rentre pas dans sa compétence, ne s'est pas déclaré incompétent, la Cour doit annuler le jugement, car il y a là une question d'ordre public, cette question, disons-nous, a donné et donne encore aujourd'hui lieu à une controverse.

Tout d'abord, un point incontestable et incontesté c'est que les parties ne peuvent porter devant la juridiction civile une question rentrant dans la compétence de l'autorité administrative, ni attribuer à un Tribunal de commerce la connaissance d'un litige purement civil, ou convenir que le juge de paix connaîtra d'une affaire commerciale; il y a là atteinte à l'ordre des juridictions, et l'incompétence peut être proposée pour la première fois en cassation (Cons. d'Ét., 12 avril 1832; S., 32-2-463; Paris, 2 mars 1875; S., 75-2-180; Cass., 30 novembre 1881; S., 83-1-467). Et la Cour saisie d'un appel de jugement de Tribunal de commerce qui avait statué sur une espèce rentrant dans la compétence du juge de paix n'a pas plus de pouvoir que le tribunal du premier degré; elle doit se déclarer d'office incompétente, et ne saurait en rien connaître du fond. Il résulte également que toute clause compromissoire attribuant au Tribunal de commerce une affaire civile est entachée d'une nullité radicale et absolue (*contra*, Nîmes, 11 mars 1870; S., 70-2-171; Nîmes, 24 février 1893; G. P., 93-1-362).

Mais la controverse reprend toute sa force quand il s'agit d'un Tribunal civil saisi à tort d'une matière rentrant dans la compétence d'un Tribunal de commerce, d'un juge de paix ou d'un conseil de prud'hommes.

Pour savoir quel parti devra prendre la Cour, il faut d'abord connaître les divers arguments pour ou contre la compétence du Tribunal civil.

D'après une première opinion, le Tribunal civil est toujours compétent pour connaître des causes qu'on lui présente à juger, que la loi ait ou non attribué compétence à une autre juridiction. On invoque à l'appui de ce système : 1° Les juridictions d'exception, dit-on, n'ont été créées que dans l'intérêt exclusif des parties et dans le but d'obtenir une prompt justice; les plaideurs peuvent renoncer expressément ou tacitement à cette faveur établie dans leur seul intérêt, et les tribunaux ne sauraient leur imposer un bénéfice que la loi leur accorde et auquel ils renoncent; 2° Les tribunaux ont la plénitude de juridiction, c'est-à-dire qu'ils ont reçu du législateur une vocation générale, un pouvoir indéfini de juger toutes les affaires que les parties leur soumettent. C'est le fondement même de tout le pouvoir judiciaire; si certaines affaires ont été distraites pour plus de commodité, on ne saisit pas bien le motif qui empêcherait les plaideurs de les porter à la source d'où elles sont sorties, et l'on doit favoriser le plus possible le retour au droit commun; 3° On invoque la loi 29, C. de Pactis, 2-3, qui permettait à certaines personnes de proroger les juridictions d'exception pour avoir recours aux tribunaux de droit commun; 4° On s'appuie enfin sur la tradition (Domat, Droit public, II, p. 156, et Loyseau. Des offices, liv. I, chap. 6, n° 46, étaient en ce sens) (Merlin, Rep., v. Tribunal de com., n° 5; Bioche, Dict. de Proc., v. Comp. des Tribunaux civ., n° 16, et Prorogation

de juridiction, nos 6 et 7; Rousseau et Laisney, v. Comp. des Tribunaux de com., n° 20 et v. Exceptions, n° 52; Chauveau sur Carré, II, p. 185, note 1, et supplément de Dutrac, v. Exception, n° 51). Les résultats pratiques de ce système consistent en ce que : 1° L'exception doit être proposée par le défendeur « *in limine litis*; » 2° Que les parties peuvent, soit expressément, soit tacitement, saisir le Tribunal; 3° Que le Tribunal, et par suite la Cour, ne peuvent, en l'absence de conclusions formelles, se dessaisir de l'affaire. Malgré les autorités qui enseignent ce système, nous ne pouvons souscrire à leur théorie, et nous adhérons complètement à l'opinion adverse dont les résultats sont opposés à ceux que nous venons d'énumérer. Nous disons donc : 1° Que l'incompétence dont s'agit touche à l'ordre public; 2° Que cette incompétence peut être proposée en tout état de cause : en appel, même en cassation; 3° Que les conventions, soit expresses, soit tacites des parties, ne peuvent avoir aucun effet; 4° Que le demandeur ou l'appelant peuvent exciper de l'incompétence; 5° Enfin, que la Cour doit annuler d'office le jugement d'un Tribunal qui ne se serait pas déclaré incompétent, sauf à voir si, dans certains cas, elle ne pourrait pas évoquer le fond.

C'est, en effet, dans un but d'intérêt général et dans l'intérêt des plaideurs, que le législateur a créé les diverses juridictions. Si les tribunaux de commerce ont été établis, ce n'est pas dans le seul intérêt des commerçants, mais bien dans le but d'avoir la connaissance exclusive des intérêts commerciaux, et cela est si vrai que c'est à la nature des actes et non à la qualité des parties que la loi se réfère pour savoir si tel acte est commercial ou non (art. 652 et suiv. du C. de com.); et si l'on en veut des preuves, nous avancerons, sans crainte d'être contredit, que le Tribunal de commerce est seul

compétent pour connaître d'actes commerciaux quoique les parties ne soient pas commerçantes; et, qu'à l'inverse, le Tribunal civil peut seul connaître des contrats civils que les commerçants passent entre eux.

Si le législateur a cru devoir instituer les justices de paix, c'est pour débarrasser les tribunaux civils des causes de peu d'importance; c'est pour permettre aux juges d'étudier avec plus de soin, en leur donnant plus de temps, les affaires qui leur sont soumises.

C'est donc, comme le dit M. Rodière, dans un but d'ordre public que les juridictions d'exception ont été créées pour juger avec moins de lenteur, avec moins de frais, et surtout avec plus de connaissance, certaines causes dont les difficultés ne peuvent être bien connues et par suite bien résolues que par des juges spéciaux.

Dans le système adverse, on crée des difficultés que le législateur a voulu éviter, et nous demandons aux partisans de ce système quel sens ils donneront à la distribution des affaires faite entre les différentes juridictions.

Le second argument invoqué par l'opinion, que nous combattons et qui paraît être le camp retranché, est tiré de la « plénitude de juridiction » accordée aux tribunaux civils, et partant aux cours d'appel.

Les tribunaux civils ont bien la vocation générale de connaître de toutes les affaires, mais ce pouvoir n'est pas indéfini; il a été justement limité par le législateur qui a enlevé à ces juridictions certaines affaires pour en donner la connaissance à des tribunaux spécialement désignés par lui.

Il faut donner un autre sens à cette expression « plénitude de juridiction; » il faut dire que le Tribunal civil est le tribunal de droit commun, et que toutes les fois que le législateur n'aura pas, pour une cause déterminée, attribué la

compétence à tel ou tel tribunal, c'est le Tribunal civil qui sera alors compétent.

L'argument tiré de la loi 29 de Pactis ne porte pas. Cette loi prévoit simplement l'hypothèse où certaines personnes qui, en raison de leur qualité, de leurs fonctions, jouissant du bénéfice d'une juridiction spéciale, abandonnent ce bénéfice pour se laisser juger par les tribunaux ordinaires, mais à la condition toutefois que ceux-ci soient compétents à raison de la matière ; c'est donc une faveur purement personnelle à laquelle la partie est libre de renoncer.

La tradition n'est pas aussi favorable qu'on voudrait bien le faire croire ; Pothier (Procéd. civ., 1^{re} partie, chap. II, section 4, § 2), dit formellement : « Il y a une incompétence » *ratione materiar* dans le cas où le juge ordinaire est saisi » d'une matière qui, suivant les ordonnances et les édits, » a été distraite de la juridiction ordinaire et attribué » à quelques juges d'attribution, comme si on formait une » demande devant le juge ordinaire sur une matière d'eaux » et forêts ou sur une matière consulaire. » Il doit se dessaisir de la cause.

Nous ajouterons, pour terminer, que les travaux préparatoires sont en notre faveur.

Une proposition du Tribunal de cassation avait pour but de faire insérer dans le Code de procédure une disposition tendant à attribuer compétence aux tribunaux civils pour juger les affaires commerciales dans le cas où un déclinatoire n'aurait pas été proposé. Cette disposition n'est pas passée dans notre Code.

Notre conclusion sera donc de dire que toutes les fois qu'un litige rentrant dans la compétence d'une juridiction d'exception aura été soumis au Tribunal civil, soit du consentement exprès ou tacite des parties, la Cour doit soulever

l'incompétence d'office, annuler le jugement et renvoyer les parties devant les juges compétents, la Cour ne pouvant connaître du fond, n'ayant pas plus de pouvoir que le Tribunal civil, car si la Cour a la plénitude de juridiction, elle n'a pas une compétence plus étendue que le Tribunal civil (Boncenne, I, p. 330; Rodière, compétence et procédure, I, p. 113).

La jurisprudence, en ce qui concerne les tribunaux de commerce est unanime pour reconnaître que l'incompétence des tribunaux civils n'est pas absolue (Cass., 17 juin 1884; S., 86-1-407). Le Tribunal civil ne peut se déclarer d'office incompetent (Cass., 15 mai 1876; S., 76-1-305), et cette incompétence ne peut être proposée pour la première fois en appel (Lyon, 22 février 1872; S., 73-2-292).

Devant cette jurisprudence, contre laquelle nous ne saurions trop protester, il faut cependant approuver le principe émis dans un arrêt de la Chambre civile du 15 novembre 1880 (S., 83-1-145), duquel il résulte que si la Cour est saisie d'un litige civil porté à tort devant le Tribunal de commerce, elle doit annuler le jugement, et, par voie d'évocation, elle peut statuer à nouveau, sans renvoyer devant les juges compétents; il y a là économie de temps et de frais. Si la Cour renvoyait, en effet, devant les premiers juges, elle pourrait être saisie une seconde fois du même litige. La Cour peut se saisir elle-même du fond et statuer au civil.

Ces explications seront mieux à leur place au chapitre de l'évocation.

En ce qui concerne les juges de paix, la jurisprudence des Cours d'appel est encore hésitante, quoique la Cour de cassation, par ses deux derniers arrêts à notre connaissance, se soit prononcée pour l'incompétence des tribunaux civils (Cass., 5 novembre 1889; Gaz. du P., 89-2-567; Cass., 12 mars 1889; D., 89-1-177). Cette incompétence peut être opposée en appel

(Bastia, 3 juillet 1862; S., 62-2-532), et même en cassation (Cass., 16 mars 1844; S., 44-4-196). Voyez, en sens contraire (Bordeaux, 19 juillet 1892; Gaz. du P., 92-2-470; Paris, 4 juillet 1873; D., 74-5-241; Angers, 28 juin 1884; Gaz. du P., 84-2-276).

2^e QUESTION. — Les parties peuvent-elles, par leur seul consentement, désigner telle Cour d'appel qui connaîtra des appels des jugements des tribunaux établis hors de son ressort?

Nous venons de voir que les parties ne pouvaient proroger la juridiction des tribunaux d'exception au profit du Tribunal civil, et quel était dans ce cas le devoir de la Cour d'appel; nous allons voir maintenant si des plaideurs peuvent proroger la compétence territoriale d'une Cour d'appel au profit d'une autre Cour.

La question telle que nous l'avons posée est controversée. L'affirmative s'appuie sur l'art. 7 du Code de procédure civile qui permet aux parties de se présenter devant un juge de paix, alors que ce magistrat n'est pas le juge naturel des parties.

On tire un second argument des art. 169 et 170 du même Code, desquels il résulte que le juge ne peut se dessaisir qu'à raison d'une incompétence « *ratione materię*, »

Il s'agit dans l'espèce d'une incompétence « *ratione loci*, » d'une incompétence purement relative qui ne peut être soulevée que par les parties, et encore « *in limine litis*; » donc, en l'absence de conclusions formelles, les juges ne peuvent se dessaisir.

Nous répondrons que l'art. 7 invoqué est spécial aux justices de paix; mais, de plus, la juridiction d'une Cour d'appel ne saurait être assimilée à la juridiction d'un Tribunal civil d'arrondissement.

Ce ne sont ni la demeure du défendeur, ni la situation de l'objet litigieux qui fixent la compétence des juges du second degré. Combien arrive-t-il souvent que la Cour statue entre parties qui n'habitent pas son ressort ou sur un objet qui n'y a jamais été situé.

C'est la situation du Tribunal du premier degré qu'il faut considérer; la seule question qu'il faut se poser est celle de savoir dans quel ressort se trouve le Tribunal; c'est une constatation géographique purement matérielle, il suffit, pour cela, de se reporter à l'art. 21, tit. III, de la loi du 27 ventôse an VIII.

L'art. 170 du Code de procédure doit être invoqué par nous. Si, en première instance, les parties sont libres de se présenter devant un tribunal qui serait incompétent « *ratione personæ vel loci*, » la situation en appel n'est plus la même; les choses ne sont plus entières; des juges ont déjà connu du litige et leur sentence ne peut être contrôlée que par les juges supérieurs que la loi leur a désignés.

C'est donc par une loi d'ordre public que la compétence des Cours d'appel a été déterminée et les parties ne sauraient toucher à cette loi.

On arriverait, dans le système inverse à concentrer toutes les affaires entre les mains de quelques Cours, on insérerait dans les contrats une clause éliminant les autres Cours. Le résultat serait de surcharger certains rôles, tandis que d'autres manqueraient d'affaires.

Si la loi, par exception, a permis qu'une Cour d'appel connût de jugements rendus par des tribunaux situés en dehors de son ressort, ce n'est que dans des cas limitativement prévus, et sous des conditions bien déterminées.

Pour conclure, nous y voyons une incompétence « *ratione*

materia, » et comme telle, nous lui appliquerons les conséquences qu'on doit en tirer.

La jurisprudence, à notre connaissance du moins, n'a eu qu'une seule fois à s'occuper directement de cette question, et encore est-ce en matière d'arbitrage.

Les parties, domiciliées dans le ressort de la Cour de Grenoble, avaient choisi des arbitres demeurant dans le même ressort, et elles avaient choisi, comme Cour devant connaître de l'appel de la sentence, la Cour de Lyon.

La sentence rendue par les arbitres fut rendue exécutoire dans le ressort de la Cour de Grenoble, et appel fut interjeté devant la Cour de Lyon; les appelants conclurent à ce que cette Cour se déclarât incompétente. La Cour de Lyon rendit, le 17 mai 1833, S., 38-2-510, un arrêt par lequel elle se déclarait compétente : « Attendu, dit l'arrêt qu'en faisant » choix de la Cour royale de Lyon pour juger, en dernier » ressort et sans recours, les difficultés qui les divisent, les » parties ont usé d'une faculté qu'aucune loi ne défend. »

Ce motif nous semble un peu fragile, il nous semble bien, au contraire, que la loi s'est donnée cette peine de défendre l'extension de la compétence territoriale, mais nous n'y reviendrons pas, et nous terminons cette question en citant un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 7 février 1824, qui fait application de la maxime : « *Extra territorium jus dicendi impune non paretur.* »

3^e QUESTION. — Les parties peuvent-elles, par une clause insérée dans un contrat et en dehors de toute instance, convenir que les différends qui pourraient s'élever plus tard entre elles seront jugés en dernier ressort par le tribunal compétent? Peuvent-elles en un mot d'ores et déjà renoncer à l'appel?

Il est un point hors de doute, c'est que cette clause ne peut s'appliquer aux difficultés dont le tribunal connaîtrait en dernier ressort. Il n'est pas nécessaire de démontrer que l'on ne peut appeler d'un jugement qui est rendu en dernier ressort; cela est de toute évidence. Mais la question est très délicate pour tous les autres jugements qui seraient rendus en premier ressort.

Nous supposerons dans les explications qui vont suivre que le tribunal est compétent « *ratione materie.* »

Pour étudier cette question, nous allons passer en revue les cas où la renonciation à l'appel ne font pas difficulté, et nous comparerons ensuite ces diverses situations avec celle qui fait l'objet spécial de notre étude.

Demandons-nous tout d'abord quel est le caractère de l'appel en droit français. Nous pensons que l'appel dans notre droit est une institution d'ordre public, mais que le législateur l'a assimilé dans certaines circonstances à une institution d'ordre privé.

Le but de cette institution est, en effet, d'obtenir une bonne distribution de la justice; de faire disparaître des jugements iniques dans l'intérêt général, car tout le monde a intérêt à ce que la justice soit bien rendue; puis, le législateur a voulu garantir les plaideurs contre leur propre imprudence, il n'a pas voulu qu'ils renoncent d'avance à un droit dont ils ne peuvent se rendre compte puisque le jugement, dont ils acceptent par avance la décision, n'existe pas; que disons-nous? Peut-être n'existera-t-il jamais. On s'élève contre cette affirmation et on cite le droit romain où l'appel était de droit privé, et on nous ajoute que, si dans l'ancien droit, l'appel était de droit public, toutes les anciennes lois ont été abrogées par l'art. 1041 du Code de procédure civile. On s'appuie sur

l'art. 6 du t. IV de la loi des 17-24 août 1790 et sur les art. 7 du Code de procédure et 639 du Code de commerce.

L'argument tiré de l'art. 1041 pourrait se retourner contre ceux qui l'invoquent, car nous pourrions soutenir que l'art. 6 de la loi de 1790 est abrogé. Cet article existait sous une législation où il n'y avait pas de tribunaux d'appel et où les tribunaux de district étaient les juges d'appel les uns des autres. Cet article a disparu avec la législation dont il faisait partie; mais nous laissons à nos adversaires l'art. 6 et nous leur disons qu'il existe encore (Rennes, 24 juillet 1812). Quant à l'art. 7 du Code de procédure civile, et l'art. 639 du Code de commerce, ces deux articles ont surtout eu pour but de régler la compétence et n'ont parlé qu'incidemment de la renonciation à l'appel. Nous reviendrons, du reste, sur ce point.

Voyons les cas où la renonciation à l'appel est permise et où ce droit ne fait aucune difficulté.

Il est de toute évidence que la partie qui succombe en première instance peut renoncer à appeler soit par un acquiescement exprès, soit par un acquiescement tacite en laissant écouler les délais d'appel. Il n'est pas moins certain que les parties « *pendente lite* » peuvent renoncer à l'appel; mais pour ce cas le législateur a cru devoir permettre expressément cette faculté (art. 7, C. de pr.; art. 639, C. de com.; art. 6 de la loi de 1790), trois textes dont nous avons parlé.

Mais faut-il accorder ce droit en dehors de toute instance? c'est là que gît la difficulté. Nous ferons cependant encore une concession à la théorie que nous allons combattre et nous ferons la distinction suivante :

Le procès n'est pas encore commencé, mais la difficulté est née, nous croyons encore dans ce cas que les parties

peuvent renoncer à l'appel, car elles peuvent mettre fin au différend qui les divise en transigeant, la conséquence de cette transaction est la disparition du procès.

Mais il est facile de voir que toutes ces hypothèses ne prévoient pas le cas que nous avons bien clairement délimité.

Nous nous trouvons en face de deux contractants en dehors de tout procès; peut-on inscrire dans le contrat une renonciation à l'appel?

L'affirmative est admise presque universellement. On ne saurait, dit-on, faire aucune différence entre la renonciation qui se produit le lendemain de l'assignation et celle qui se produit la veille; on tire argument de l'art. 1152 du Code civil qui prévoyant le cas où l'un des contractants n'exécute pas ses obligations, les parties établissent, par avance et pour l'avenir, la somme qui devra être payée à titre de dommages-intérêts. On s'appuie sur l'art. 2044 du même Code qui autorise les parties à transiger pour les contestations à naître; on invoque enfin l'art. 1010 du Code de procédure civile qui permet aux parties d'être jugées par des arbitres, sans appel.

On a soutenu la thèse contraire en disant que les lois destinées à déterminer l'ordre des juridictions étaient d'ordre public et qu'on ne pouvait porter aucune atteinte à ces lois. Nous avons dit comment nous concevions le droit d'appel; nous rejetons donc le premier système, quant au second nous n'admettons pas ce motif.

La renonciation à l'appel telle que nous l'étudions ne trouble en rien l'ordre des juridictions; elle n'étend pas les limites de la compétence pas plus qu'elle ne les restreint. Les parties s'adressent au tribunal qui est compétent, elles respectent ses pouvoirs, mais elles lui permettent de juger

sans qu'aucun recours ne puisse avoir lieu contre son jugement.

Quant au premier système, le principal argument qu'il invoque consiste à assimiler l'appel à une transaction; nous ne croyons pas cette assimilation exacte. L'élément essentiel, le but vers lequel tend ce contrat est d'arriver à une solution qui convienne à toutes les parties; pour cela, chacun fait des concessions, abandonne les prétentions auxquelles souvent il tenait le plus. On fait de la conciliation pour terminer le différend. C'est, en un mot, un contrat essentiellement pacifique.

L'appel abandonné suppose-t-il une transaction? Non, certainement. Les parties prévoyant leur différend stipulent que toute difficulté sera aplanie par un tribunal qu'elles désignent. N'est-ce pas abandonner, au contraire, l'idée de toute transaction? Connait-on le sort du procès? Quel sera le vainqueur? Quel sera le vaincu? Et supposons qu'on adjuge au gagnant tout le bénéfice de ses conclusions, est-ce que, dans ce cas, les concessions non pas égales mais réciproques, qui sont une des conditions essentielles de la transaction se produisent? Nous doutons fort que celui qui l'emporte fasse grâce à celui qui succombe; il apportera le plus souvent, au contraire, un acharnement qui est loin de l'essence de la transaction. Nous voulons bien, pour un instant, qu'avant de connaître le jugement, les parties, renonçant à l'appel, forment une transaction; quelle sera la position des parties? Les concessions de l'une et de l'autre seront sûrement conditionnelles, car elles sont soumises à l'avènement d'une condition : le prononcé du jugement; or, de l'essence même de la transaction, il ne peut y avoir condition incertaine au point de vue des concessions mutuelles, car s'il n'y a pas encore une fois concessions réciproques, il n'y a pas tran-

saction. Ainsi donc, l'appel, suivant nous, ne peut être assimilé à une transaction.

Il nous reste à refuter les textes des Codes de procédure et de commerce invoqués. Tous les textes invoqués supposent un procès engagé, ou tout au moins une difficulté soulevée. On nous objecte que la renonciation du lendemain de l'assignation vaut bien celle de la veille. Sur ce point nous sommes encore d'un avis contraire.

Voyons quelle est la situation respective des parties au moment de la signature d'un contrat. Toutes les parties sont dans un accord parfait, sans cela il n'y aurait pas contrat; on ne prévoit pas, dans le moment du moins, les difficultés qui pourront plus tard surgir; on est même persuadé qu'il n'en surviendra aucune ou on ne veut pas les prévoir; on fait alors souvent bon marché d'un droit dont on ne soupçonne pas toute l'importance et qui, en somme, ne sera jamais exercé. Une des parties ne peut-elle pas céder à une sorte de crainte que lui inspire son co-contractant, et elle obéit souvent à une sorte de pression occulte qui lui fait accepter des conditions plus dures que celles qu'elle avait rêvées; elle peut aussi reculer devant un refus qui peut-être entraînerait l'anéantissement de toutes ses espérances. Mais, au lendemain de l'assignation, la situation est toute autre; les difficultés ont surgi, la lutte est engagée, les parties ont pu se renseigner sur les conséquences probables de la victoire ou de la défaite; on peut trouver un terrain d'entente, ou peut-être, après le premier mouvement d'emportement inévitable à la suite de l'assignation, prévoit-on que les frais d'un appel ne sont pas en rapport avec l'intérêt du litige; peut-être aussi, pour diminuer les frais de procédure, se décidera-t-on à renoncer à l'appel? La loi, dans ce cas, et c'est le but des divers textes de procédure que l'on a cités, vient au secours

des plaideurs et leur permet cette renonciation anticipée. Ce parti est très grave, nous le reconnaissons, mais les parties en l'état où elles se trouvent, réfléchissent, et nous pensons qu'aucune mesure de garantie ne doit être prise pour les éclairer.

Deux adversaires ne se font que difficilement des concessions. Qu'on ne nous objecte pas que la renonciation du lendemain vaut bien celle de la veille; ne voyons-nous pas la loi elle-même permettre un jour ce qu'elle défendait la veille.

La renonciation en matière de prescription, en matière de succession, nous en fournit un exemple frappant. En matière de renonciation à un droit, il faut aller avec prudence, et si le législateur a permis la renonciation à l'appel durant le procès, c'est que, sans doute, il était dans sa pensée de ne pas la permettre auparavant.

Nous l'avons dit en commençant, les auteurs et la jurisprudence sont d'un avis contraire, et la jurisprudence va beaucoup plus loin en admettant que cette clause n'est pas nulle comme clause compromissaire (Cass., 29 août 1885; S., 86-1-157; *contra* Limoges, 21 février 1884; G. P., 84-1-432). M. Chauveau, question 3274, se demande si, en matière d'arbitrage, cette clause est valable quoique ne satisfaisant pas aux termes de l'art. 1006 du Code de procédure.

L'objet peut être déterminé, ce sera la contestation née ou à naître; mais les noms des arbitres ne le sont pas. « Aussi, » dit notre auteur, est-ce moins un compromis qu'une promesse de compromettre à l'occasion d'un événement prévu, » promesse d'ailleurs licite et qui oblige les parties quand » l'événement se réalise. »

Ainsi donc, en présence d'une jurisprudence fermement assise et d'une doctrine qui se prononce pour la validité d'une

telle stipulation, nous ne pouvons que conseiller aux contractants de bien peser, avant de l'accepter, une clause dont les résultats si minimes qu'ils puissent paraître tout d'abord, peuvent être gros de conséquences.

Nous exprimons un vœu : nous voudrions que cette clause, puisqu'elle est permise, ne fût consentie que par acte authentique ; c'est une garantie que nous réclamons pour les parties et dont elles ne peuvent avoir à se plaindre.

4^e QUESTION. — Nous venons de voir dans quel cas les parties ne peuvent renoncer au deuxième degré de juridiction. Peuvent-elles renoncer au premier degré ? Peuvent-elles, en un mot, saisir *de plano* le tribunal d'appel d'un litige dont le tribunal du premier degré aurait connu en premier ressort ? La question ne saurait se poser pour un litige dont le tribunal inférieur aurait connu en dernier ressort il y a une incompétence « *ratione materiæ* ; » nous aurons cependant occasion de voir des exceptions à cette règle, et c'est pourquoi nous avons attiré l'attention sur elle ; nous citerons les demandes des avoués en paiement de leurs frais exposés devant le tribunal d'appel lors même que ces demandes sont inférieures à 1,500 fr.

La question que nous allons maintenant étudier, et par laquelle nous allons terminer ces généralités, offre une grande connexité avec la renonciation à l'appel, puisque la question du double degré de juridiction est en jeu.

Dans cette étude, nous touchons directement à l'organisation judiciaire ; dans la question précédente, nous la respections. Dans la question précédente, la renonciation à l'appel se produisait en supprimant le deuxième degré de juridiction ; dans la question actuelle, la renonciation à l'appel résulte de la suppression du premier degré.

Nous avons constaté que les parties étaient libres de renoncer à l'appel, mais que les parties soient admises à saisir directement une Cour d'un litige qui doit être de la connaissance d'un Tribunal civil ou d'un Tribunal de commerce, c'est aller trop loin. « Les tribunaux d'appel ont, il » est vrai, la plénitude de l'autorité judiciaire, dit M. Henrion » de Pansey, leur juridiction est universelle ; mais elle n'est » pas immédiate ; bornée aux affaires dont la connaissance » leur est dévolue par la voie de l'appel, il y aurait de leur » part excès de pouvoir si elles se permettaient de statuer » sur une demande principale qui n'aurait pas subi le premier » degré de juridiction. »

Ce passage montre bien comment une Cour est saisie d'un litige et quel est le but des Cours d'appel. Ces tribunaux n'ont pas été institués pour juger directement les contestations des parties, mais pour apprécier le bien ou le mal jugé des sentences des premiers juges. Dans l'ancien droit cette règle existait déjà et M. Merlin (Question de droit, v. Appel, § 15, art. 1^{er}, n° 23) rapporte qu'un arrêt de Parlement qui avait enfreint cette règle fut cassé par un arrêt du Conseil du 24 octobre 1677. Ce jurisconsulte, d'ailleurs, a émis deux opinions sur cette question. Dans la première opinion, il était d'avis que les Cours d'appel pouvaient connaître *de plano* de litiges, dont n'avaient pas connu les juges inférieurs ; puis, revenant sur son propre système, il soutient l'opinion que nous défendons. M. Talandier, dans son traité de l'Appel (p. 362), admet le premier système soutenu par M. Merlin. Le savant auteur reconnaît tout d'abord que soumettre à un Tribunal ce qui doit être soumis à un autre, c'est violer une règle d'ordre public, et c'est pour ce cas qu'a été écrit l'art. 170 du Code de procédure civile.

Mais hors ce principe, chacun est libre de renoncer à un

droit établien sa faveur, de là vient la disposition de l'art. 7, de là vient que les parties peuvent par leurs consentements réciproques ériger un juge de première instance en juge souverain, et pourquoi ne pourrait-on pas faire d'un juge d'appel un juge du premier et du dernier ressort ?

Ce système confond deux choses : la renonciation à l'appel, et l'attribution de juridiction. Quand on saisit le juge du premier degré d'une contestation qu'il doit juger en premier ressort, que l'on proroge sa juridiction, on ne fait qu'user d'un droit conféré par la loi ; c'est lui le juge naturel, il jugera en dernier ressort au lieu de juger à charge d'appel, voilà tout. Mais si l'on saisit *de plano* le juge d'appel, on lui attribue une juridiction qu'il n'a pas. On ajoute, sans doute, la loi prohibe les demandes nouvelles en appel, mais la fin de non-recevoir qui peut en résulter peut être couverte par le silence des parties, et une jurisprudence et une doctrine constante reconnaissant que les juges ne sont pas tenus de se prononcer d'office sur cette fin de non-recevoir que les parties ne proposent pas.

Nous répondrons que la situation est toute autre. Dans le cas de demandes nouvelles, le Tribunal d'appel a été saisi régulièrement d'un litige, et nous reconnaissons volontiers que sa compétence peut être étendue sur certains points par la volonté des parties. Mais, dans notre question, il n'existe pas même un principe d'où peut résulter une attribution quelconque de juridiction.

Or, d'après la loi de ventôse, ce n'est que sur des appels que les Cours doivent statuer. Si l'on veut nous opposer le droit d'évocation, nous répondrons facilement qu'il ne peut s'exercer que sous certaines conditions qui ne se retrouvent pas dans notre espèce. Sans doute, on renonce à l'appel quand on renonce au premier degré de juridiction ; mais là n'est

pas la question qui nous occupe, nous nous plaçons sur le véritable terrain de la discussion : l'attribution de juridiction. Un arrêt de la Chambre des requêtes, du 4 février 1829, pose bien nettement cette distinction (S., 31-1-56). « Il n'en est pas » de même des deux degrés de juridiction comme de l'inter- » version des juridictions, comme de l'incompétence « *ratione materie*, » qui, tenant exclusivement à l'ordre » des juridictions, et à ce titre régis par les principes de » l'ordre public ne peuvent recevoir aucune atteinte ni par » le silence ni même par l'adhésion des parties. »

La jurisprudence paraît surtout s'être prononcée sur le cas de l'application de l'art. 464, et elle décide, ainsi que nous l'avons dit plus haut, qu'il n'y a pas question d'ordre public ; cependant la Chambre civile de la Cour de cassation a toujours vu une nullité d'ordre public lorsqu'une demande est soumise pour la première fois à une Cour d'appel, hors les cas prévus par les art. 464 et 473 du Code de procédure civile, et cette même Chambre, dans un arrêt du 12 mars 1889 (D., 89-1-177), s'exprimait ainsi : « S'il est loisible aux parties de déférer » à une juridiction valablement saisie par la voie de l'appel, » le jugement de question sur lesquelles celle de première » instance n'a pas valablement statué, ou n'a pas statué du » tout, ce n'est pas à dire qu'il dépende d'elles de supprimer » absolument le premier degré de juridiction institué par la » loi, et de saisir directement de l'action un Tribunal qui ne » doit en connaître qu'à la suite d'un appel ; qu'en ce cas, doit » s'appliquer l'art. 170 du Code de procédure civile, qui, » nonobstant l'accord réel ou apparent des parties, prescrit » aux juges de les renvoyer d'office devant qui de droit. » Un arrêt du 1^{er} décembre 1841 (S., 42-1-124) admet la théorie opposée.

Après avoir ainsi déterminé quelle était, d'une manière

générale, la compétence des Cours d'appel, il nous faut aborder notre sujet de plus près, et nous allons nous demander quelles décisions sont susceptibles d'appel.

Tel est le but principal de notre travail;

Tel sera l'objet de nos explications ultérieures.

PREMIÈRE PARTIE

JURIDICTION CONTENTIEUSE

PREMIÈRE DIVISION

**Des décisions dont les Cours d'appel connaissent
comme deuxième degré.**

CHAPITRE I^{er}

**Des conditions nécessaires pour qu'une décision
soit susceptible d'appel.**

*Règles générales ou des conditions nécessaires pour qu'une décision
soit susceptible d'appel.*

Il faut, pour qu'un appel soit possible, la réunion des conditions suivantes : 1° La décision attaquée doit avoir les caractères d'un jugement ; 2° Qu'on ne puisse recourir aux premiers juges ; 3° Que l'opposition ne soit plus possible ; 4° Que le jugement soit rendu en premier ressort. Toutes ces conditions seront étudiées dans autant de sections distinctes.

SECTION PREMIÈRE

La décision attaquée doit avoir les caractères d'un jugement ¹.

Le jugement est la décision rendue sur un litige susceptible d'un débat contradictoire, mais la qualité de jugement ne s'attache pas nécessairement à l'acte qui tranche d'une manière définitive la question litigieuse.

Les contrats judiciaires, tels que les jugements d'expédients, les actes judiciaires, tels que les décerner acte, ne sont pas susceptibles d'appel, ce sont cependant des jugements : les premiers parce qu'il y a, comme nous le verrons plus loin, acquiescement anticipé, les seconds, parce qu'il y a une simple constatation et non une disposition impérative. Il est facile de voir tout de suite que l'appel ne se rapporte qu'aux jugements qui causent griefs ; on ne comprendrait pas, en effet, quel intérêt il y aurait à faire réformer un jugement qui ne peut méconnaître les droits d'une partie, qui n'a élevé aucune contestation, ou n'a fait valoir aucune prétention. Nous posons donc le principe que l'on peut appeler des jugements rendus en matière contentieuse, soit par les tribunaux civils, soit

1. En droit romain, on pouvait appeler de toute sentence, qu'elle émanât du juge ou du magistrat, qu'elle fût interlocutoire ou définitive (L. 2, Dig., *De appellationibus recipiendis*, XLIX-5). (L. 36, C. *De appellationibus* VII-62). On n'appelle pas d'un jugement nul. (Tit., Dig., *Qua sententia sine appellatione rescinduntur* XLIX-8 l. 4, § 6, Dig., *De re judicata* XLII-1).

Le jugement devait être rendu en premier ressort, cette condition avait plutôt trait à l'ordre des juridictions qu'à l'intérêt en litige. On ne considérait pas la valeur de l'objet en discussion. « *Et in majoribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est.* » (L. 20, C. *De appellationibus* VII-62). Plus tard des modifications intervinrent, et on s'attacha non à la somme réclamée dans la demande mais au montant de la condamnation (L. 10, § 1, Dig. *De appellationibus* XLIX-1). Le taux du ressort était pris en considération lorsqu'il s'agissait des appels portés devant l'empereur (L. 3, C. Th. *De appellationibus*). La valeur en litige exerçait une certaine influence sur la procédure (L. 37, C. *De appellationibus* VII-62).

par les tribunaux de commerce, nous y ajouterons les sentences arbitrales et certaines ordonnances des juges.

Dans ce paragraphe, nous ne nous occuperons exclusivement que des jugements, et voyons quelles exceptions il y a lieu d'apporter à notre règle.

Les actes de pure administration intérieure, telle que la décision qui désigne un huissier pour être audiencier, ne sont sujets à aucun recours; il en est de même des jugements qui ordonnent le renvoi d'une cause à une audience ultérieure (Cass., 24 mai 1890; D., 90-1-450), ou qui refusent le renvoi sollicité (Orléans, 29 décembre 1888; G. P., 89-1-249). Mais il ne faut pas croire cependant que cette sorte de jugement ne soit jamais sujette à aucune voie de recours, spécialement si le jugement ordonnant le sursis préjuge une question de fond. Si, par exemple, au cours d'une procédure d'ordre, les juges accordent au vendeur primitif non payé le droit d'exercer contre l'acquéreur des poursuites de folle enchère, et qu'en accordant le sursis ils préjugent le droit dudit vendeur d'exercer ces poursuites, il y a là un véritable jugement qui cause grief, et comme tel sujet à appel (Riom, 27 décembre 1883; Gaz. du P., 84-1-332); serait également sujet à l'appel le jugement qui accorderait un délai de grâce, en vertu de l'art. 1244 du Code civil. Dans ces deux derniers cas, ce sont en effet de véritables jugements au sens propre du mot.

Sont sujets à l'appel les jugements rendus sur simple requête, mais une distinction s'impose au sujet de la recevabilité même de notre voie de recours. La partie qui a adressé la requête; et qui se plaint de la décision intervenue ne peut avoir recours qu'à l'appel qui se porte devant les juges supérieurs par voie de requête. Mais la partie en l'absence de laquelle le jugement a été rendu ne peut avoir recours qu'à la tierce opposition (Colmar, 15 avril 1807).

Le principe que l'appel est admis contre ces sortes de jugements résulte de deux textes. L'art. 858 du Code de procédure civile qui l'autorise spécialement pour les jugements en matière de rectification des actes de l'état civil; nous en concluons que ce texte n'apporte pas une dérogation au droit commun, car alors il devrait être conçu en termes tout différents de ceux qu'il renferme; on peut le taxer d'être inutile, c'est la seule critique qu'on puisse lui faire, et notre opinion vient se consolider sur l'art. 32 de la loi du 30 juin 1838 qui, prévoyant le cas où, sur la demande des personnes énumérées au texte, un administrateur provisoire aux biens d'une personne non interdite est nommé par le Tribunal civil en Chambre du conseil, ajoute *in fine* « elle (la nomination) ne » sera pas sujette à l'appel. » Qu'est-ce à dire, si ce n'est qu'en cette matière on doit appliquer le droit commun, c'est-à-dire l'appel toutes les fois qu'un texte y dérogeant n'existe pas.

Sous le bénéfice de ces observations, nous disons que l'appel est possible en matière d'absence (art. 112, 116 et 129 du C. civ.). Il faut en dire autant d'un jugement qui rejette la requête tendant à faire déclarer un commerçant en état de faillite (Poitiers, 1^{er} juin 1880; S., 82-2-181). Citons encore le jugement qui statue sur la requête d'un commerçant qui demande à faire vendre des marchandises neuves dans les cas prévus par la loi (Bordeaux, 11 juillet, 1848; S., 49-2-16¹).

Faisons remarquer avec M. Crépon que, dans le cas où la requête est admise, le jugement n'est pas susceptible d'appel par aucune des parties; par la partie qui adresse la requête, parce qu'il lui manque une des conditions nécessaires pour

1. Junge, Douai, 22 janvier 1894 (Gaz. du Pal. 94-1-593).

qu'il y ait appel, le défaut d'intérêt, ni par l'autre partie parce qu'elle n'a pas été partie au jugement.

Cependant, il peut exister un cas où l'appel trouve son efficacité et que la partie qui voit sa requête répondue puisse néanmoins attaquer le jugement, par exemple, la requête a été admise sans que toutes les formalités légales eussent été remplies, nous pourrions citer le cas où la réduction de l'hypothèque légale d'un mineur aurait été admise sur requête collective du tuteur et du subrogé tuteur, sans avis préalable du conseil de famille (Crépon, n^{os} 103 et suiv.).

Les jugements d'expédients sont des décisions par lesquelles les tribunaux enregistrent et consacrent les volontés réciproques des parties. Ils sont le plus souvent le résultat d'une transaction.

Ces jugements sont-ils susceptibles d'appel? Dans l'ancien droit les mots jugement d'expédient avaient deux sens. On appelait jugement d'expédient au premier sens celui qui intervenait conformément à l'avis d'un ancien avocat auquel on renvoyait la connaissance des affaires de minime importance. On appelait encore jugement d'expédient celui qui était rendu après accord des parties. Cette deuxième espèce de jugement subsiste seule aujourd'hui, n'ayant pas été abrogée ni explicitement, ni implicitement, par le Code de procédure. Quant à la première espèce, elle a disparu avec l'ancien ordre judiciaire. « Dans l'ancien droit, dit M. Rivoire, on discutait sur la nature des jugements d'expédients (au deuxième sens), les seuls dont nous aurons à nous occuper désormais, discussion qui aujourd'hui n'existe plus guère qu'en théorie. Nous verrons que la doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui fixées sur la matière. »

D'après un premier système, ce jugement demeure l'œuvre des parties, et la justice n'intervient que pour rendre ces

conventions coercitives et exécutoires; mais la nature de la convention n'est pas changée, et c'est par le moyen d'attaquer ces conventions que l'on doit attaquer ces jugements. Ce système compte peu de partisans et a été cependant défendu par M. Merlin (Repert., v. Conventions matrimoniales, t. III, p. 208), et par M. Poncet (Traité des jugements, t. I, p. 23). Un seul arrêt est dans ce sens, à notre connaissance (Caen, 2 nivôse an IX).

Le deuxième système, qui existait également sous l'ancien droit et qui est adopté aujourd'hui, voit dans le jugement d'expédient tous les caractères d'un véritable jugement. Au point de vue de la forme extérieure de l'acte, nous retrouvons toutes les conditions nécessaires à la validité des jugements ordinaires. Quant à l'accord des parties, il n'est définitivement consacré qu'après le prononcé de la décision, d'où la conclusion toute naturelle, c'est que les parties pourront revenir sur leurs conventions jusqu'à ce moment. Le juge, d'autre part, n'est pas forcé d'enregistrer *de plano* le projet de contrat qu'on lui présente; il devra s'assurer tout d'abord si ces conventions ne sont pas contraires à l'ordre public ou à la morale; il devra, en outre, s'assurer de la capacité juridique des parties, et il devra d'office refuser son ministère s'il s'aperçoit qu'on lui a dissimulé qu'une partie était incapable; il devra enfin rechercher si cette convention ne cache pas une fraude à la loi. Le Tribunal, en ce faisant, fait acte de juridiction; il est vrai qu'il s'approprie la volonté des parties, mais cette volonté devient sienne par le délibéré qui précède le prononcé. C'est, en un mot, rendre un jugement en toutes ses formes. De ce que nous venons de démontrer qu'il y a jugement, toutes les voies de recours sont ici permises, et nous restreindrons nos observations à l'appel, mais est-ce à dire pour cela que l'appel soit possible? Ceci est une autre question.

Il y a ici acquiescement antérieur au jugement, résultant de ce que le juge fait droit aux conclusions des parties, la décision ne saurait donc faire griefs; cet acquiescement antérieur est aujourd'hui permis (Cass., 5 août 1868; S., 69-1-68).

Pour résumer, dans une formule, notre pensée, nous disons : les jugements d'expédients sont capables mais non susceptibles d'appel. Si l'on venait à l'attaquer en prétendant que le consentement de l'une des parties a été obtenu par erreur, violence ou dol, l'appel deviendrait possible, car il n'y aurait plus acquiescement, et, par suite, nous retomberions dans le droit commun (Crépon, n° 960, et S. Rivoire, n° 73).

Les tribunaux sont quelquefois appelés à interpréter leurs jugements; ils rendent alors des jugements interprétatifs. Les dispositions d'une décision antérieure peuvent paraître vagues, obscures ou ambiguës; il est, dans ce cas, permis de s'adresser de nouveau au tribunal et de lui demander d'interpréter la première décision, c'est-à-dire d'en fixer le sens et d'en expliquer les diverses dispositions qui paraissent obscures. Ce que la loi défend aux juges de faire, c'est d'ajouter de nouvelles dispositions, d'en retrancher, de corriger ou de modifier leur premier jugement. Le jugement, une fois prononcé est définitivement acquis et il ne peut, en aucune façon, être modifié, même du consentement des parties. « *Semel sententiam dixit desinit esse iudex.* » La question de savoir si de tels jugements sont susceptibles d'appel fait difficulté. La Cour de cassation pose, en principe, que le jugement interprétant un premier jugement est toujours susceptible d'appel, du moins lorsque la matière faisant l'objet de cette décision était susceptible des deux degrés de juridiction.

Si nous comprenons bien l'arrêt du 12 février 1878 (S., 80-1-161), il faut s'attacher à cette seule condition et ne

s'inquiéter nullement de la question de savoir si le jugement à interpréter est passé ou non en force de chose jugée ; et, poussant sa théorie jusqu'à l'extrême, la Cour suprême admet, dans le cas où les délais d'appel sont expirés, que l'interprétation pourra en être faite par le juge supérieur¹. Nous ne croyons pas devoir adopter ce système et nous résolvons la difficulté comme suit : Si le second jugement accorde l'interprétation, ou bien si estimant que les termes de la première décision sont clairs et précis, les juges pensent qu'il n'y a pas lieu à interprétation, cette décision ne sera susceptible d'appel qu'autant que le premier jugement le serait lui-même. Si, donc, le premier jugement est rendu en dernier ressort ou est passé en force de chose jugée, l'appel du jugement interprétatif ne sera plus possible. Aussi, sommes-nous d'avis que l'on devra interjeter appel des deux jugements, en sorte que le premier saisira la Cour du fond, et le second lui permettra d'interpréter le premier jugement. Nous observerons ainsi la règle qui veut que ce soit le juge qui a rendu le jugement qui l'interprète, dans le cas de confirmation pure et simple du jugement à interpréter, cette règle ne souffrira pas d'exception, car le juge d'appel a, par là, fait siens tous les motifs des premiers juges.

Ainsi donc, nous subordonnons le sort du jugement interprétatif au sort du jugement principal, et c'est logique, car la deuxième décision n'est, en définitive, que l'accessoire de la première ; elles ne constituent qu'un seul et même tout ; elles ne peuvent se comprendre l'une sans l'autre ; elles doivent donc être soumises aux mêmes effets juridiques, et si l'une n'est

1. La théorie de la Chambre des requêtes nous semble d'autant plus dangereuse que, dans l'espèce, il s'agit d'un jugement d'expédient et que cette haute juridiction admet la possibilité d'appeler de tels jugements (Voyez la note sous l'arrêt cité).

plus susceptible d'être attaquée par la voie de l'appel, l'autre ne pourra plus l'être; ce serait porter atteinte à l'autorité de la chose jugée (Rennes, 26 août 1884, G. P., 84-2-433; Poitiers, 27 juin 1889 (G. P. 89-2-145). Si le premier jugement est frappé d'appel, les parties pourront en demander l'interprétation au juge supérieur; dans ce cas, l'effet dévolutif de l'appel remet tout en question, et le juge inférieur est définitivement dessaisi du litige (Cass., 8 mars 1893; D., 93-1-448). Mais, si le jugement interprétatif ajoute ou retranche à la première décision, s'il modifie ce jugement, alors nous avons là un jugement bien différent du premier, on ne doit donc plus s'occuper de la sentence à interpréter et on appliquera les principes généraux consacrés par un arrêt d'Alger, du 16 février 1867 (S., 67-2-355).

La décision, avons-nous dit, pour être susceptible d'appel, doit avoir le caractère d'un jugement; mais peu importe que ce soit un jugement préparatoire, interlocutoire ou définitif; cette distinction n'a d'intérêt qu'au point de vue des délais : nous devons cependant nous arrêter à un jugement d'avant faire droit qui a donné, et donne encore aujourd'hui, lieu à une discussion très vive, au point de vue de la recevabilité de l'appel. Nous voulons parler du jugement ordonnant un interrogatoire sur faits et articles. Bien des discussions ont eu lieu, bien des systèmes ont été soutenus; nous condenserons les diverses opinions, et nous les ramènerons à deux systèmes opposés : l'un admettant l'appel, l'autre le déclarant non recevable (Crépon, n^{os} 105 et suiv.).

Le premier groupe d'opinions qui admet l'appel se divise lui-même en sous-groupes; les uns prétendent que l'on se trouve en face d'un jugement préparatoire, d'autres y voient un jugement interlocutoire, d'autres lui attribuent un caractère mixte : il serait tantôt préparatoire, tantôt interlocutoire. On soutient

cette opinion en indiquant des moyens qui sont, sans nul doute, très sérieux. L'appel, dit-on, est de droit commun ; c'est un droit que possède tout plaideur qui succombe s'il ne lui est pas enlevé par un texte ; or, ici, rien n'existe de semblable. On ajoute que le jugement ordonnant l'interrogatoire ou le refusant préjuge du fond, car les juges puisent dans cette procédure bien des faits propres à éclairer leur religion, les réponses de l'assigné pouvant être considérées comme un commencement de preuve par écrit, ce dernier peut avoir intérêt à discuter sur la pertinence des faits, et il faut, par suite, que le jugement soit susceptible d'appel (Rivoire, n° 72 ; Rodière, I, p. 467 ; Caen, 26 juillet 1865 ; S., 66-2-197). Le système qui refuse l'appel nous a paru tout d'abord avoir de graves conséquences, car il met celui qui doit être interrogé dans l'impossibilité de discuter la pertinence des faits sur lesquels doit porter l'interrogatoire, puisque aucun débat n'a eu lieu sur l'admission des faits à prouver. Le jugement sur interrogatoires, sur faits et articles, s'obtenant par simple requête, et si l'interrogé refuse de répondre, les faits vont être tenus pour vrais ; il se trouve donc dans une situation assez délicate, et l'appel eût été, sans doute, un moyen de sortir honnêtement du combat. Mais, quelque intéressante que soit la position de l'interrogé, il nous est impossible d'admettre que l'appel soit recevable, et ce, en présence de la nature même de la procédure d'interrogatoire sur faits et articles. Cette procédure a, en effet, pour but de forcer l'interrogé à répondre à des questions qui lui sont posées. Au moyen de ces questions, la partie qui a obtenu l'interrogatoire sur faits et articles, essaie de surprendre son adversaire, d'obtenir sinon un aveu complet, du moins d'obtenir des réponses contradictoires, d'où elle pourra trouver un commencement de preuve ; elle le force à s'expliquer sur certains points et

à obtenir de lui des réponses qui pourront nuire à sa défense. C'est, il faut bien le reconnaître, un vestige de l'ancienne procédure secrète qui est passé dans notre Code. Le jugement ordonnant cet interrogatoire n'est pas contradictoire; il s'obtient sur simple requête qui n'est signifiée qu'après le jugement obtenu; le jugement est suivi d'une assignation dont le délai est très bref (24 heures). La loi, comme il ressort de ces observations, a eu en vue deux choses : ne pas donner à la partie qui va être interrogée le temps de composer, de calculer ses réponses; c'est une procédure insidieuse, mais elle existe et il faut l'accepter, sauf au juge à en rendre l'application le plus rare possible. Le législateur n'a pas voulu, en conséquence, que les débats soient ouverts sur des faits dont on ne peut discuter la pertinence. La situation est donc bien nette : prohibition des débats sur la pertinence des faits en première instance. Est-il possible d'admettre une voie de recours, opposition ou appel, peu importe, les raisons de décider étant les mêmes? Non. Cette voie de recours va ouvrir des débats dans un cas où la loi les prohibe; le but visé par cette procédure ne sera pas atteint; la partie assignée va avoir le temps de réfléchir, elle va pouvoir préparer ses réponses en étudiant les questions posées, elle pourra connaître le terrain sur lequel son adversaire veut le conduire, et par là échapper aux pièges qui pourront lui être tendus; et nous sommes amenés à ce résultat par une autre considération qui nous paraît beaucoup plus péremptoire; on nous parle d'opposition ou d'appel; mais la partie interrogée a-t-elle été partie à ce jugement? A-t-elle pu faire défaut? Non, puisque cette procédure se passe et doit même se passer à son insu. Comment pourrait-elle faire opposition ou appel, puisqu'il n'a pas été partie à ce jugement en première instance?

Nous refusons donc l'appel en notre espèce. Quant au motif

que l'on pourrait tirer de l'art. 330, nous répondrons que la partie interrogée pourra refuser de répondre, en prétendant que le fait sur lequel on l'interroge n'est pas pertinent. Le juge de fond appréciera ce motif et verra si l'interrogé avait raison de soutenir son refus, ou si ce n'était qu'un simple moyen d'échapper à l'interrogatoire. La jurisprudence se fixe aujourd'hui dans ce sens (Caen, 23 juin 1879 ; S., 79-2-332). M. Chauveau, dans la troisième édition de son commentaire sur le Code de procédure, avait admis le premier système, mais dans l'édition suivante (question 1241), il s'est rallié à la théorie que nous défendons. Il est des cas cependant où, comme le fait remarquer M. Chauveau, le jugement pourrait être attaqué par la voie de l'appel ; c'est lorsqu'il aurait été rendu par incompétence ou par excès de pouvoir, ou, encore, si les parties n'avaient pas suivi en première instance la procédure particulière de l'interrogatoire, ou auraient, par exemple, plaidé sur la pertinence des faits : dans ce cas, il y a violation de la loi ; on retourne au droit commun, et, par suite, il n'existe plus de raison pour prohiber l'appel (Bastia, 5 avril 1854 ; S., 54-2-309 ; *contra* Rousseau et Laisney, v. interrog. n° 44, et observations som. ; Paris, 5 janvier 1870 ; D., 70-2-137).

Nous finirons cette discussion en disant que le jugement d'interrogatoire sur faits et articles est un véritable jugement interlocutoire ; il préjuge, en effet, le fond, car les juges pourront puiser dans les réponses ou dans le refus de répondre un commencement de preuve par écrit pouvant rendre vraisemblable le fait allégué ou pouvant autoriser la preuve testimoniale. Nous ne voyons pas, en effet, de raison pour ne pas assimiler le jugement ordonnant l'interrogatoire au jugement ordonnant une enquête ou une comparution personnelle (Aubry et Rau, VIII, § 764, note 27, p. 343).

La qualification de jugement préparatoire ou d'interlocutoire, disions-nous au début de cette étude, importe peu au point de vue auquel nous nous plaçons; il en serait de même de l'absence de qualification. C'est, en effet, la loi et non le juge qui détermine le caractère d'un jugement, et c'est au dispositif et non aux motifs qu'il faut s'attacher pour en déterminer le caractère. Cependant, l'erreur de qualification peut exercer une certaine influence sur la recevabilité de l'appel. Le juge supérieur, pourrait-on croire, peut recevoir ou refuser l'appel en s'appuyant sur la fausse qualification donnée au jugement ou prétendre qu'il ne peut recevoir l'appel, parce que la décision est mal qualifiée quand, en réalité, la qualification ne saurait soulever aucune critique. Il en résulte qu'on pourrait rendre illusoires les prescriptions des art. 451 et 452 du Code de procédure civile.

Ce point est exact, car, en effet, si la question est soulevée, il appartiendra au juge supérieur de déterminer le véritable caractère du jugement; pour cela il devra rechercher quelle est la portée des mesures ordonnées par le dispositif; il s'éclairera, à cet effet, par les motifs du jugement qui joueront un grand rôle, et de là se prononcera sur le point de savoir si l'appel est recevable ou non.

La question de savoir si tel jugement est préparatoire ou interlocutoire est une question de droit qui, comme telle, tombe sous la censure de la Cour de cassation (Cass., 28 août 1809).

Certains jugements ne sont rangés ni dans la catégorie des jugements préparatoires, ni dans celle des jugements interlocutoires; nous voulons parler des jugements provisoires, tels que ceux qui confient, dans une procédure de divorce ou de séparation de corps, la garde des enfants à l'un des conjoints ou à un tiers ¹.

1. Les jugements accordant une provision sont rangés parmi les jugements interlocutoires (art. 451, C. de pr. civ.).

Ces jugements, quoique statuant sur un fait qui n'est pas définitif, sont sujets à des modifications continuelles, ils n'en sont pas moins définitifs au point de vue de ce qu'ils ordonnent et comme tels sujets à l'appel.

Nous avons fait une distinction entre les motifs et le dispositif des jugements; cette distinction s'impose, en effet, quand on saura que l'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'au dispositif; il en résulte qu'on ne peut appeler que du dispositif et non des motifs d'un jugement; les motifs sont le fondement, la base de la sentence, et ne sauraient porter atteinte aux droits des parties. Ainsi donc, quels que puissent être les motifs de la décision, si le dispositif est conforme aux conclusions de l'une des parties, l'appel n'est pas possible pour cette partie. Voyez, cependant, en sens contraire, un arrêt de la Cour d'Orléans du 15 mars 1892 (D., 92-2-471). Cet arrêt, nous n'en doutons pas, aurait été infailliblement cassé s'il avait été porté devant la Cour suprême; il nous paraît, en effet, contraire à tous les principes de droit.

Nous avons supposé jusqu'ici que le jugement n'était atteint d'aucune nullité; qu'arriverait-il s'il s'y trouvait une nullité de forme ou de fond? Nous n'insisterons pas outre mesure sur ce point; nous avons déjà dit que les voies de nullité n'existaient pas dans notre droit; il faut nécessairement recourir aux seules voies de recours autorisées pour en faire prononcer la nullité, car, jusqu'à ce moment, le jugement est réputé valable et avoir été accepté par les parties. La signification fait courir les délais d'appel, et il peut acquérir l'autorité de la chose jugée (Rivoire, p. 306). Tout au plus, faut-il créer des hypothèses invraisemblables; admettre par exemple que le jugement n'a pas été rendu par des magistrats nommés par le pouvoir exécutif; ce n'est plus un jugement, c'est le néant. Cependant, dans le cas où la

sentence ne serait pas revêtue de la formule exécutoire, il y aurait lieu d'attendre la mise à exécution et de demander la nullité de la procédure en faisant opposition à cette mise à exécution.

Le jugement doit donc avoir une existence légale; il doit être prononcé, mais doit-il être rédigé? Cette question nous amène à traiter la deuxième condition nécessaire pour qu'il y ait appel et elle recevra sa solution sous le paragraphe suivant. Mais il n'est pas nécessaire que le jugement soit signifié : le but de la signification, en effet, est de faire connaître, d'une manière certaine, à l'adversaire la décision; de lui faire savoir que la partie gagnante est prête à la mettre à exécution, si mieux il n'aime l'exécuter volontairement; enfin, de l'inviter à en interjeter appel en diminuant d'une façon fort importante les délais de cette voie de recours, et en substituant au délai de trente ans un délai de deux mois, suivant le droit commun. Il est admis que, sauf en ce qui concerne le délai, la signification de la décision est un acte étranger à l'appel et on est universellement d'accord aujourd'hui sur ce point que l'on peut interjeter appel d'un jugement non signifié, sauf à respecter les dispositions de l'art. 449 du Code de procédure.

SECTION II

**L'appel doit résulter d'un intérêt né et actuel pour être recevable;
la décision attaquée doit causer griefs à l'appelant.**

La deuxième condition, pour rendre une décision susceptible d'appel, consiste dans l'intérêt que l'appelant peut avoir à sa réformation. Il faut qu'il soit lésé par la décision des premiers juges; qu'il puisse justifier des torts et griefs qu'elle lui cause.

L'intérêt peut naître sous n'importe quelle forme, ce sera le plus souvent un intérêt pécuniaire, mais ce peut tout aussi bien être un intérêt moral, un intérêt d'honneur.

Il résulte de ces principes qu'une partie à laquelle on a alloué ses conclusions ne saurait être reçue à interjeter appel ; on se demande même si cette éventualité peut se présenter. Mais une partie peut interjeter appel d'un jugement, bien que le dispositif n'est pas statué formellement sur ses conclusions, s'il résulte des motifs, rapprochés du dispositif, que ces conclusions ont été rejetées. L'appel devient encore recevable si les conclusions principales ont été rejetées, alors même qu'ensuite les conclusions subsidiaires auraient été allouées.

Les conclusions subsidiaires ne sont destinées à avoir effet que si les conclusions principales ne sont pas admises : elles sont prises dans le but de remédier au préjudice que la partie va supporter par suite du rejet de ses conclusions principales. Par l'appel, tout sera remis en question, les conclusions principales pourront revivre et être défendues à nouveau (Cass., 3 mai 1848 ; S., 48-1-634), et, comme application, la jurisprudence permet à la partie qui, dans le cas où ses conclusions principales ne seraient pas allouées, a déféré par des conclusions subsidiaires le serment à son adversaire, d'appeler du jugement qui défère le serment, qui a adopté, par conséquent, les conclusions subsidiaires de l'appelant (Cass., 15 mars 1852 ; S., 52-1-324).

Si certains chefs du jugement causent griefs, l'appel ne devra porter que sur ceux-là, mais si l'appelant ne prend pas soin de limiter son appel, les juges du second degré ne pourront néanmoins connaître que de ces dispositions, les autres parties de la décision devant rester intactes, ne pouvant ni être modifiées, ni être aggravées, que par un appel incident (Dijon, 12 mars 1876 ; S., 76-2-300 (motifs)).

L'appel est-il possible du seul chef des dépens?

Nous résoudrons cette question par la négative. Les dépens sont l'accessoire de la condamnation, et par cela même que la partie condamnée accepte le principal, elle en accepte l'accessoire et notamment la condamnation aux dépens qui ne saurait être séparée de sa cause, la condamnation principale. Ainsi quand même les dépens dépasseraient 1,500 fr., si l'objet principal de la demande est inférieur au taux du premier ressort, le jugement est rendu sur le tout, en dernier ressort. L'art. 6 du deuxième décret de 1807, qui défend en termes exprès l'appel, quant aux dépens, s'il n'y a pas appel sur quelques points du fond et organise une procédure spéciale, quant au recours contre l'exécutoire, ne doit pas, selon nous, être invoqué; il prévoit une hypothèse particulière. Opposition a été faite à un exécutoire ou à un chef de la décision relative aux dépens, il est rendu un jugement sur cette opposition : c'est de ce jugement qu'on ne peut appeler. On aurait pu croire, en effet, qu'il pouvait être susceptible d'appel. Mais l'art. 6, que nous venons de citer, n'a rien à voir dans l'espèce que nous étudions et son inutilité eût été d'autant plus grande s'il avait eu pour but de régler cette situation, que nous nous contentons d'appliquer le droit commun.

Le système contraire est plus généralement suivi en doctrine et en jurisprudence (Lyon, 11 janvier 1883; D., 84-2-147). M. Chauveau, question 556 *quater*, émet l'opinion que l'on peut appeler de chaque chef du jugement quel qu'il soit, qui fait griefs à l'appelant, et, par conséquent, que l'on peut appeler séparément des dépens.

Pour soutenir ce système, il faut admettre que les dépens sont un chef distinct du jugement et que le jugement serait en premier ressort si les dépens dépassent 1,500 fr., alors que

le fond ne serait pas susceptible d'appel, ce qui amènerait à tenir compte des dépens pour la fixation du taux du ressort, ce à quoi nos adversaires n'ont sans doute jamais pensé (M. Crépon, n^{os} 481 et suiv.). La Cour de cassation examine les conclusions principales; si ces conclusions rendent la cause susceptible d'appel, on pourra appeler quant aux dépens, alors qu'ils s'élèveraient à une somme inférieure à 1,500 fr. (Cass., 18 janvier 1876; S., 76-1-301).

Un arrêt de la Cour de Lyon du 24 juin 1877 (D., 77-2-49) répond à une objection que l'on pourrait tirer de l'art. 6 du décret de 1807, qui ne veut pas qu'il y ait appel quant aux dépens que s'il y a appel au fond. Nous avons par avance répondu en écartant purement et simplement l'art. 6 du débat.

Si donc une partie n'avait été condamnée que sur certains points du jugement et que le juge n'ait pas fait une répartition équitable des dépens, ou ait même mis tous les dépens à sa charge, l'appel ne sera pas possible de ce chef, si le jugement est en dernier ressort ou s'il n'y a pas appel sur le fond. Mais nous n'hésiterions pas à conseiller l'appel à la partie qui, ayant gagné sur tous points, n'en aurait pas moins été condamnée aux dépens; il y a là un grief sérieux et violation flagrante de l'art. 130 du Code de procédure civile¹.

Si le litige se trouve ramené devant les premiers juges à la seule question des dépens, cette demande devient alors susceptible d'appel, dans les termes du droit commun.

1. La partie qui triomphe ne peut, en principe, être condamnée aux dépens. Cependant une jurisprudence constante, dont le dernier arrêt est de la Cour de Lyon (23 mai 1894, G. P., 94-2-259) admet que si l'appel a été la suite de la négligence et de la mauvaise foi de l'intimé qui n'a pas produit par exemple certains titres qui auraient éclairé l'adversaire, l'intimé qui obtient gain de cause n'en doit pas moins être condamné aux dépens (Art. 1382 du C. civ.).

L'intérêt d'une partie à être jugée par ses juges naturels suffit pour rendre l'appel recevable; nous reviendrons sur ce point en étudiant l'appel des jugements, statuant sur une question de compétence.

Par application de notre deuxième règle qui veut que la décision attaquée cause griefs à l'appelant, on ne peut appeler d'un jugement non rédigé. Le jugement non rédigé, en effet, doit être comme non avenu, ou en tous cas, ce jugement ne peut porter griefs, puisqu'il ne peut être exécuté.

Nous le répétons, c'est au dispositif du jugement qu'il faut se reporter. Si dans les motifs il était porté atteinte à l'honneur d'une des parties, il faudrait avoir recours non à l'appel, mais à la prise à partie.

Le défaut d'intérêt peut être proposé en tout état de cause et ne saurait être couvert par une défense au fond. Il y a là un moyen touchant à l'ordre public et non une simple question de forme (Limoges, 30 juin 1886; D., 87-2-28).

Enfin l'intérêt des plaideurs peut résulter de deux circonstances : le jugement renferme des erreurs matérielles, ou bien il contient des omissions. Que faire?

Erreurs matérielles. — Le dispositif d'un jugement peut, en effet, contenir des erreurs, des erreurs de calcul, par exemple. Faudra-t-il recourir à la voie de l'appel pour en obtenir la rectification? Le dispositif ne contient, si l'on veut, qu'une condamnation à 500 fr. quand il résulte des motifs du jugement, que c'est la somme de 1,500 fr. à laquelle doit être condamnée la partie qui succombe; il y a là une erreur manifeste qu'il faut faire disparaître. On a soutenu que l'on devait attaquer cette décision non par la voie de l'appel, mais soit par l'inscription de faux, ou soit par la requête civile. Nous n'avons pas à nous occuper de savoir quelles causes

donnent ouverture à l'inscription de faux ou à la requête civile, quoique nous pensions que ni l'un ni l'autre de ces moyens n'aient chance de succès; mais nous soutenons que l'appel ne doit pas être interjeté dans cette espèce. Le jugement, une fois prononcé, est la propriété des parties et rien ne peut y être changé, et si l'on a vu qu'un Tribunal peut interpréter son jugement *a fortiori*, pensons-nous qu'il puisse réparer une erreur manifeste, et il pourra le faire lors de la rédaction du jugement par le greffier (voyez en ce sens : Talandier, n° 59).

Si cette erreur se trouvait dans les motifs, la même solution s'imposerait. C'est donc au juge qui a rendu la sentence qu'il faut s'adresser (Pau, 13 décembre 1886; D., 87-2-172). On pourra arriver à ce résultat, soit par un simple acte d'avoué à avoué (Cass., 21 janvier 1857; S., 58-1-155), ou par requête adressée au Tribunal. Si cependant le juge d'appel a été saisi du litige, il pourra, en réformant ou en confirmant le jugement, redresser l'erreur commise par les premiers juges.

Des omissions de statuer ont pu également se produire, comment arriver à réparer l'oubli? Nous proposons la distinction suivante : l'omission provient-elle de la faute du juge ou de la faute de la partie?

Si l'omission provient de la faute du juge, le plaideur pourra, en appel, reprendre la partie de ses conclusions qui a été omise et les soumettre de nouveau au juge d'appel. Il ne saurait, en effet, y avoir de demande nouvelle. « On peut » représenter en appel les demandes sur lesquelles les premiers juges ont omis de statuer, dit M. Talandier, p. 357; » l'appel a lieu pour remédier aux erreurs ou omissions des juges. » Nous estimons cependant que la voie de l'appel ne serait pas nécessaire pour réparer certaines omissions.

Prenons, par exemple, la commission de l'huissier pour signifier un jugement de défaut (art. 156 du C. de pr.); il suffirait, dans ce cas, d'adresser une requête au président qui a rendu le jugement. C'est plutôt une irrégularité affectant la signification du jugement, mais si l'irrégularité affectait une procédure ordonnée par un jugement, telle qu'une expertise, une enquête; si, par exemple, un Tribunal nommait de suite trois experts, sans laisser aux parties la faculté que leur accorde l'art. 305 du Code de procédure, le jugement ordonnant cette expertise devrait être attaqué par la voie de l'appel, de même que le juge qui ordonnerait qu'une enquête en matière ordinaire ait lieu à la barre du Tribunal.

Si l'omission provient du fait de la partie, dans ce cas, elle s'expose que la fin de non-recevoir, tirée de ce que la demande a le caractère de demande nouvelle, lui soit opposée; elle ne peut s'en prendre qu'à elle-même. Si, cependant, l'omission n'était qu'un simple moyen de défense à l'action principale, on pourrait l'invoquer.

Nous renvoyons au chapitre des demandes nouvelles.

SECTION III

Le jugement ne doit plus être susceptible d'opposition.

Nous aurons à nous occuper, dans cette section, spécialement des jugements de défaut. Ces jugements sont comme les jugements contradictoires, susceptibles d'appel : ils n'ont été rendus que devant une seule des parties, l'erreur est beaucoup plus à craindre, aussi la loi a-t-elle donné deux moyens de les attaquer : l'opposition et l'appel¹.

1. La multiplicité des voies de recours était nécessaire : l'erreur, les surprises devaient inviter le législateur à prendre l'intérêt de la partie qui n'a pu se défendre.

De l'opposition nous ne dirons rien.

Le droit d'appel en notre matière a été consacré par deux textes : l'art. 443 et l'art. 455 du Code de procédure civile, mais l'appel n'est possible d'après ce dernier texte qu'autant que l'opposition n'est plus recevable; c'est la conséquence d'une règle qui veut que, lorsque deux voies de recours de même nature se trouvent en présence, on doit d'abord prendre la voie de rétractation qui s'adresse aux juges qui ont rendu la sentence, et ce n'est que lorsque cette voie est épuisée ou n'est plus recevable, que la voie de réformation est ouverte.

Nous allons d'abord étudier les différentes règles communes à tous les jugements par défaut, puis nous dirons quelques mots sur chacun en particulier.

1^{re} QUESTION. — La règle qui veut que le jugement par défaut ne sera susceptible d'appel qu'après l'expiration des délais d'opposition, s'applique indistinctement au demandeur comme au défendeur. L'art. 455 du Code de procédure civile ne fait, en effet, aucune distinction entre le bénéficiaire du jugement et la partie défaillante, et l'opposition et l'appel pourraient se trouver en conflit. Ainsi, que le jugement ne satisfasse pas complètement la partie qui n'a pas laissé défaut, elle n'aura sans doute que la voie de l'appel, tandis que la partie défaillante devra tout d'abord recourir à l'opposition. Le même jugement pourrait donc être déféré en même temps à deux juridictions différentes.

On devra tout d'abord attendre que la voie de l'opposition soit vidée, parce que c'est l'application de la règle fondamentale qui régit toute notre matière, et, d'ailleurs, l'appel pourra devenir inutile si, sur l'opposition, le jugement est réformé dans le sens des conclusions du demandeur à l'opposition (Poitiers, 16 novembre 1880; S., 82-2-220).

2^e QUESTION. — Notre règle est-elle applicable si le jugement est exécutoire par provision nonobstant opposition? Peut-on dans ce cas interjeter appel avant l'expiration des délais d'opposition? On l'a soutenu, mais voyons avant d'où vient la difficulté. L'art. 455 est l'application pure et simple de notre règle, nous n'y insistons pas; mais l'art. 449 permet, dans le cas où un jugement est exécutoire par provision, d'interjeter appel dès le prononcé de la sentence. Voyons donc comment concilier ces deux textes. On a dit : l'appel est le seul moyen d'arrêter l'exécution provisoire, on invoque l'art. 449 qui, dit-on, prévoit ce cas. M. Carré (question 1641) a soutenu ce système et il avait en sa faveur deux arrêts de la Cour de Turin des 20 mars 1812 et 14 décembre 1813 (J. des Av., t. XII, pp. 639 et 643).

Ce système n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, il ne compte plus de partisans et doit à bon droit être rejeté.

L'art. 449 ne vise que les jugements contradictoires qui ne peuvent être attaqués que par la voie de l'appel, et si, dans son premier paragraphe, il pose en règle générale que les jugements contradictoires ne pourront pas être, pendant un certain délai, attaqués par cette voie, il apporte aussitôt une dérogation pour les jugements exécutoires par provision, afin de saisir la Cour du litige et de pouvoir arrêter cette exécution¹.

Cette exception ne s'étend pas forcément aux jugements par défaut, pour lesquels il existe une autre voie moins coûteuse et plus expéditive et le défaillant pourra plus

1. En matière commerciale, aucune défense ne peut être accordée par la Cour à l'exécution provisoire lorsqu'elle a été accordée hors les cas prévus par la loi. L'exécution provisoire pourra être contrebalancée par la requête adressée au premier président, pour obtenir l'autorisation de citer à heure fixe pour plaider, et par la prudence que ne manquera pas d'observer la partie gagnante jusqu'à ce que l'appel soit vidé.

facilement obtenir le résultat qu'il se proposait d'obtenir par l'appel.

Enfin, l'art. 455 est écrit en termes aussi généraux que possible, il ne fait aucune distinction entre les jugements exécutoires par provision et ceux qui ne le sont pas, distinction qui existe dans l'art. 449 et qui aurait sans doute été reproduite sous forme d'exception dans l'article qui nous occupe en ce moment.

C'est donc, nous le croyons du moins, ajouter à la loi que de créer une exception que ni son texte, ni son esprit, n'ont voulu, ni explicitement, ni implicitement, admettre (Montpellier, 23 juillet 1855; D., 56-2-135; Talandier, p. 66; Rivoire, n° 59, p. 66; Carré et Chauveau, question 1641).

Il est une hypothèse cependant où l'art. 455 ne deviendrait pas applicable. Supposons qu'un jugement interlocutoire statue sur une question de compétence, le Tribunal se déclare compétent. Le demandeur, à l'exception d'incompétence, laissant défaut au fond, il ne pourra attaquer ce jugement de défaut par opposition, car ce serait reconnaître, comme le dit M. Rodière (II, p. 92), la compétence du Tribunal; ces deux jugements devront être attaqués par la voie de l'appel.

Une difficulté peut se présenter touchant les jugements des tribunaux de commerce statuant sur une demande en renvoi et statuant ensuite sur le fond. L'art. 425 du Code de procédure civile permet, en effet, au Tribunal de commerce, saisi par le défendeur d'une question d'incompétence, de statuer sur la question d'incompétence, et, par le même jugement, mais par une disposition distincte, de se prononcer sur le fond. C'est une des nombreuses dérogations apportées au Code de procédure civile en faveur du commerce, dérogation particulière à l'art. 172. L'hypothèse qui peut se produire est la suivante : le défendeur soulève une exception d'incompé-

tence, le demandeur conclut nécessairement au rejet de cette exception, puis conclut au fond. Le défendeur, se gardant bien de prendre des conclusions¹ sur le fond, laisse défaut; nous aurons donc un jugement contradictoire sur un chef et par défaut sur l'autre. Comme le premier chef est toujours susceptible d'appel (art. 455 et 425), nous devons nous demander quel sera l'effet de cet appel sur le fond et s'il y a des cas où l'opposition est nécessaire pour sauvegarder les droits des défendeurs.

Disons tout d'abord, et ce point ne saurait faire difficulté, que le jugement par défaut est rendu par défaut, faute de conclure, et que l'opposition ne sera plus recevable après l'expiration de la huitaine de la signification à partie (art. 436, C. de pr. civ.).

Pour résoudre notre question, nous supposerons deux cas :

1^{er} cas, l'appel a été formalisé par le défendeur, demandeur à l'exception d'incompétence, alors que les délais de l'opposition n'étaient pas expirés; le 2^e cas visera l'hypothèse inverse.

1^{er} Cas. — L'appel a été interjeté dans les délais de l'opposition. Nous pensons, dans ce cas, que l'appel aura pour effet de suspendre les délais de l'opposition. Nous disons « délais de l'opposition » et non « effets de l'exécution. » L'appel remet, en effet, la question de compétence en cause; le jugement dans sa partie contradictoire est frappé d'impuissance; il pourra être réformé. S'il arrive que la Cour dise que les premiers juges n'étaient pas compétents, le fond, dont l'existence est liée à la compétence, tombera forcément. Mais si la Cour confirme le jugement, les délais, suspendus pendant

1. Nous nous plaçons bien entendu dans l'hypothèse où l'exception d'incompétence a été rejetée.

la procédure d'appel, reprendront leur cours du jour du prononcé de l'arrêt. Ainsi, si l'appel avait été interjeté cinq jours après la notification du jugement, la partie défaillante aura encore trois jours pour se pourvoir par opposition (*contra*, Com. Seine, 5 mai 1888; G. P., 88-1-857).

La théorie contraire, émise par le Tribunal de commerce de la Seine, nous paraît bien dangereuse au point de vue de l'exécution, et, suivant nous, cette décision est contradictoire, car faire opposition au fond n'est-ce pas reconnaître implicitement la compétence du Tribunal.

2^e Cas. — Mais supposons que les délais d'opposition soient expirés, qu'appel n'ait pas été interjeté dans ces délais ni opposition formalisée : que va-t-il advenir si appel est régulièrement interjeté dans les délais sur la compétence ?

Si le fond n'est pas susceptible d'appel, l'opposition n'ayant pas été formée régulièrement, le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée et l'appel sera irrecevable sur le chef de la compétence ; il est, en effet, sans objet, sans intérêt, pour l'appelant ; il a acquiescé tacitement sur le chef de la compétence en acceptant le fond ; il doit donc être débouté de son appel.

Si le fond est susceptible d'appel et que l'appel ne porte que sur la compétence ; si, durant la procédure, le jugement acquiert sur le principal l'autorité de la chose jugée, nous admettons la même solution que dans l'exemple précédent. Enfin, si l'appel porte sur la compétence et sur le fond, aucune difficulté ne se présente et nous passons.

Comme conclusion, nous disons donc que l'on doit empêcher le fond d'acquiescer l'autorité de la chose jugée, soit en interjetant appel de chef contradictoire, durant les délais d'opposition, soit en interjetant appel du fond et de la compétence.

Le Tribunal de commerce pourrait, il est vrai, malgré l'appel sur la compétence, juger le fond, et ce, non en vertu des art. 457 et 439 du Code de procédure civile, mais en vertu de l'art. 425 lui-même¹; mais la partie qui exécutera devra y aller avec prudence, car si le jugement était réformé, elle s'exposerait à des dommages-intérêts.

Nous conseillerions dans ce cas, pour arrêter l'exécution, d'interjeter appel, dans les délais d'opposition, de la décision rendue par défaut sur le fond. Nous ne connaissons pas de décision de jurisprudence sur cette espèce.

Telle est notre opinion. Au lecteur d'apprécier.

Dans le même ordre d'idées, nous allons nous demander maintenant si l'art. 455 est applicable en matière commerciale. Nous nous trouvons ici en présence de jugements exécutoires par provision. C'est la règle. La question qui ne semblerait, suivant nous, ne faire aucun doute en la résolvant d'après les principes exposés, a cependant des contradicteurs, et nous l'avouons, aujourd'hui on est unanime pour enseigner que l'art. 455 ne s'applique pas en matière commerciale et que l'on peut interjeter appel d'un jugement rendu par défaut par un tribunal de commerce le jour même de son prononcé. Les arguments que l'on nous oppose ne sont pas faits pour nous convaincre.

On s'empare de l'art. 645 du Code de commerce qui, dans sa première partie, fixe les délais pour interjeter appel des jugements rendus par les tribunaux de commerce : deux mois à compter de la signification du jugement, s'il est contradictoire, et du jour de l'expiration des délais d'opposition, s'il est rendu par défaut; et, dans sa deuxième partie, il ajoute :

1. Cette question est cependant controversée, quoique nous l'admettions sans difficultés. Voyez dans le sens de l'opinion émise au texte (Rouen, 13 août 1819; Aix, 5 mai 1826; *contra*, Chauveau sur Carré, question 920 *ter*).

l'appel pourra être interjeté du jour même du jugement. C'est ce dernier membre de phrase qui fait naître la difficulté, car si on le fait porter sur tout le premier paragraphe, comme le fait l'opinion que nous combattons, on arrive à dire que peu importe que le jugement soit contradictoire ou par défaut, on pourra interjeter appel du jour même du jugement. On invoque ensuite les règles particulières au commerce. L'art. 645 du Code de commerce déroge à l'art. 449 du Code de procédure civile; il apporte en même temps une dérogation à l'art. 455 du même Code.

Enfin, dit-on, l'art. 645 du Code de commerce n'a pas pour but de régler la faculté du droit d'appeler, mais bien de ne s'occuper que d'une simple question de délai (Talandier, pp. 72 et suiv.; Chauveau, question 1637; Crépon, n° 774, p. 190).

Nous n'admettons pas ce système. La rédaction, sans doute très imparfaite de l'art. 645 du Code de commerce, nous semble au contraire indiquer que le dernier membre de phrase ne s'applique qu'aux jugements contradictoires, car sans cela l'article devient inintelligible, et le législateur semblerait avoir pris à tâche de détruire ce qu'il venait d'édifier. Il y aurait contradiction manifeste. Le Code viendrait dire pour les jugements par défaut : l'appel ne sera possible qu'après l'expiration des délais de l'opposition, et aussitôt après il ajouterait : ce que je viens de dicter est inexact, on ne tiendra pas compte des délais de l'opposition. N'y aurait-il pas une partie complètement inutile dans l'art. 645?

On invoque les règles particulières au commerce; nous les invoquerons nous-mêmes. L'intention du législateur a été que, dans les affaires commerciales, les commerçants fussent jugés par leurs pairs; comment admettre qu'il ait permis de dessaisir aussi facilement les juges consulaires quand leur juridiction n'est pas épuisée? Si l'on admet que l'art. 645 du

Code de commerce a dérogé aux art. 449 et 455 du Code de procédure civile, nous citerons l'art. 648 du Code de commerce, qui lui est postérieur, et qui renvoie spécialement pour régler la procédure des appels des jugements des tribunaux de commerce au livre III de la première partie du Code de procédure civile, c'est-à-dire au titre où se trouve l'art. 455. D'ailleurs, si l'art. 645 du Code de commerce apporte une dérogation à l'art. 449 du Code de procédure civile, est-ce à dire pour cela que l'on doit étendre cette exception à un autre article. Et y a-t-il bien réellement exception à l'art. 449? Nous ne le croyons pas.

L'art. 449 du Code de procédure civile nous dit, en effet, que l'on peut frapper immédiatement d'appel un jugement exécutoire par provision; tous les jugements rendus par les tribunaux de commerce, nous dit l'art. 439 du même Code, seront exécutoires par provision, et cette règle est si absolue que l'art. 647 du Code de commerce interdit aux Cours d'appel d'accorder des défenses. N'est-il pas tout naturel que ces jugements soient immédiatement susceptibles d'appel.

Nous venons de démontrer que l'art. 645 du Code de commerce n'est pas une exception à l'art. 449 du Code de procédure civile; nous dirons mieux, ce n'en est que l'application pure et simple. Pourquoi voudrait-on qu'il fût une exception à l'art. 455 du Code de procédure civile? L'art. 645 du Code de commerce ne saurait donc être invoqué, et nous souhaitons que l'ancienne théorie soit reprise par la jurisprudence. Ce que la loi a voulu éviter en notre matière, comme en toute autre, c'est le concours de deux voies de recours. Cette volonté du législateur devrait être respectée en tout, et principalement en matière de commerce.

La jurisprudence est sens contraire de notre théorie ainsi que la doctrine (Rouen, 19 mai 1866; S., 67-2-148; Cass.,

11 mai 1879; S., 81-1-347; Paris, 13 mai 1891; G. P., 91-2-270. En doctrine, Talandier, p. 72 et suiv.; Rivoire, n° 58, p. 53; Carré et Chauveau, question 1637; Rodière, 2^e p., 91; Crépon, n° 774, p. 190).

3^e QUESTION. — La partie qui a choisi la voie de l'opposition peut-elle l'abandonner pour prendre celle de l'appel?

Un arrêt de la Cour de Lyon, du 14 décembre 1810, répond non; l'opposition a été créée pour permettre à la partie de se défendre, mais le défaillant n'a pas le choix de prendre l'une ou l'autre de ces voies; il doit d'abord prendre l'opposition, et s'il a laissé écouler ces délais, la loi, supposant qu'il n'a pas eu tout le temps matériel nécessaire pour rassembler ses moyens de défense, vient à son secours en lui permettant d'interjeter appel; mais, s'il a fait opposition, il ne se trouve plus dans la même impossibilité, et il ne pourrait s'en désister pour prendre la voie de l'appel. Nous rejetons cette opinion. La loi a voulu, nous ne saurions trop le répéter, une seule chose. Eviter qu'un jugement fût susceptible de deux voies de recours à la fois; elle veut que l'on se serve d'abord de la voie de rétractation, c'est-à-dire l'opposition, et ensuite de la voie de réformation, c'est-à-dire l'appel. Or, nous pensons qu'une fois les délais d'opposition expirés, si l'on a eu recours à cette voie, on ne peut se désister pour prendre l'appel; nous ne connaissons du moins aucun texte qui prohibe cette façon d'agir. Le désistement de l'opposition ne saurait être empêché quand l'opposant peut à nouveau se laisser condamner par défaut.

Le point de départ de la théorie de la Cour de Lyon n'est certainement pas à l'abri de toute critique; l'appel, comme semble le croire la Cour, n'est pas un moyen subsidiaire laissé au défaillant qui n'a pas fait opposition, mais c'est un

moyen principal. Le défaillant qui a fait opposition et qui a succombé sur cette opposition peut, tout aussi bien que celui qui a laissé les délais d'opposition expirer, interjeter appel. Cette dernière voie de recours devient possible quand l'autre ne l'est plus, et la loi ne subordonne la recevabilité de l'appel qu'à une seule condition, c'est que l'opposition ne soit plus possible ; peu importe le moyen d'impossibilité.

Nous concluons donc que l'opposant peut se désister de son opposition pour recourir à l'appel, mais cela à deux conditions :

Il faut : 1° Que le désistement soit accepté par l'adversaire, car il n'y a pas de désistement sans acceptation ; 2° Le désistement doit se produire une fois les délais d'opposition expirés. M. Chauveau, question 1571, cite des cas où le désistement de l'opposition n'aurait pas besoin d'avoir lieu pour recourir à l'appel. Nous citerons les espèces suivantes : Il y a avoué en cause et l'opposition a été faite par acte extrajudiciaire ; ou, si relevée par acte extrajudiciaire, elle n'a pas été réitérée dans la huitaine. Dans ces cas, en effet, l'opposition est non seulement nulle, mais encore inexistante.

Contrairement à la doctrine de M. Chauveau, la Cour de Rennes a jugé, le 24 novembre 1829 (J. des Av., t. XXXVIII, p. 9), que l'opposition doit toujours être vidée et qu'il faut un jugement pour la déclarer nulle. Nous souscrivons entièrement à cette dernière théorie. Ce n'est pas aux parties à apprécier la nullité ou l'inexistence d'un acte faux ; tant qu'un acte n'a pas été annulé par une décision de justice, il est valable, tout au moins en apparence, et nous exigeons soit l'acceptation de désistement, soit un jugement, dans tous les cas, contrairement à ce qu'enseigne M. Chauveau.

La situation inverse peut-elle se produire ? Peut-on abandonner l'appel pour prendre la voie de l'opposition ? La

question semble tout d'abord oiseuse, car si l'appel est possible, c'est que l'opposition est devenue impossible. Une espèce de ce genre s'est pourtant présentée à la Cour de Rennes, et voici dans quelles conditions :

Il s'agissait d'un jugement par défaut, faute de conclure. La partie gagnante le fit signifier à partie sans signification préalable à avoué¹ et le défaillant interjeta appel du jugement de défaut. Peu de temps après l'appel interjeté, l'intimé avait régularisé la procédure et avait signifié son jugement à avoué. La partie défaillante, qui avait interjeté appel, fit alors opposition et devant la Cour demanda elle-même la nullité de son appel, l'appel n'ayant pas de base légale, l'opposition ayant fait disparaître le jugement dont appel. La Cour, par arrêt du 1^{er} février 1893 (Rec. Rennes, 93-173), a validé cet appel. Cette solution ne nous semble pas à l'abri de toute critique. Le jugement rendu par défaut n'ayant pas été signifié à avoué, les délais d'opposition n'avaient pas commencé à courir, et cette voie de recours était susceptible pendant trente ans. La partie défaillante pouvait faire opposition sans attendre la signification à avoué, mais elle ne l'avait pas fait. Les délais d'appel ne pouvaient courir, même en admettant que la seule signification à partie pût être utile puisque l'opposition n'était pas épuisée. La Cour se sera appuyée sans doute sur une circonstance toute particulière de la cause, le défaillant, une fois le jugement de défaut rendu, avait récusé les juges pour suspicion légitime ; elle aura vu une sorte de fin de non-recevoir contre l'opposition, ce qui rendait l'appel possible. Quoi qu'il en soit, nous ne pouvons que formuler des réserves. L'ordre des juridictions est d'ordre public, et le juge d'appel doit, avant de statuer, vérifier si au moment où

1. Cette signification, d'après l'opinion communément admise aujourd'hui, est suffisante pour faire courir les délais d'appel.

l'appel a été interjeté, les délais de l'opposition étaient expirés (Riom, 22 juin 1883; D., 84-2-27).

Nous venons de voir les différentes applications de l'art. 455 du Code de procédure civile, mentionnons seulement que cet article n'est pas applicable au jugement prononçant un défaut itératif (Crépon, n^{os} 798 et suiv., p. 197).

4^e QUESTION. — Une partie qui, ayant été condamnée par défaut a fait opposition et qui, sur opposition, a été déboutée par un jugement confirmant purement et simplement le premier, doit-elle, quand elle veut porter le litige devant les juges du deuxième degré, faire appel du premier jugement rendu par défaut ou bien du jugement de débouté d'opposition?

Cette question est controversée en doctrine, car en jurisprudence elle ne paraît plus faire difficulté : nous allons exposer les deux systèmes auxquels elle donne lieu. Mais avant, disons qu'elle est elle-même la conséquence d'une autre question plus générale et qui, celle-là une fois résolue, résoudra celle qui fait l'objet de notre étude. Nous la formulons : Quel est l'effet de l'opposition à un jugement rendu par défaut? Pour résoudre la difficulté, faisons tout de suite une distinction; nous écarterons du problème toute une catégorie d'oppositions et nous déblaierons d'autant le terrain.

Nous distinguerons entre l'opposition régulière ou irrégulière en la forme, distinction qui est admise par tout le monde. Supposons donc que l'opposition soit irrégulière en la forme et a été rejetée comme telle. Cette hypothèse n'offre pas de difficultés. Le jugement de défaut devient, en effet, définitif; il prend l'autorité de la chose jugée; l'obstacle qui empêchait sa mise à exécution a disparu, si donc le fond fait grief c'est

de ce jugement seul qu'il faut appeler. A quoi bon, en effet, s'attaquer à un jugement qui ne statue pas sur la chose qui nous cause préjudice (Talandier, n° 139, p. 124; Rivoire, n° 61, p. 72; Cass., 25 juin 1811).

Mais où les difficultés naissent, c'est lorsque l'opposition régulière en la forme a été rejetée quant au fond, confirmant ainsi purement et simplement le jugement rendu par défaut; quel est l'effet de cette opposition? et pour borner le résultat de cette proposition à l'appel, de quel jugement devra-t-on appeler? devra-t-on même appeler des deux jugements?

D'après le premier système, l'opposition régulière en la forme a pour effet d'anéantir le premier jugement rendu par défaut; ce n'est plus maintenant qu'un simple acte de procédure sans force exécutoire, l'opposition remet les parties au même et semblable état où elles étaient avant le jugement de défaut; tout est donc remis en question et le premier jugement tombé; il en résulte que seul le second jugement termine la contestation, seul il est susceptible de force exécutoire; seul il est susceptible d'exécution. L'art. 159 du Code de procédure, en disant que « l'opposition suspend l'exécution, » n'emploie pas le verbe suspend dans son sens propre; l'idée du législateur a été de dire que l'exécution ne saurait être commencée pendant les délais de l'opposition; c'est dans ce sens que le Code civil l'emploie dans ses art. 2251 et suiv. (Boncenne, III, p. 138). Ce n'est que par pure forme, ajoute-t-on, qu'au palais on admet que le jugement de débouté s'approprie les motifs du premier jugement de défaut et quant à l'exécution provisoire, c'est tout simplement une mesure conservatoire qu'il est au pouvoir du juge d'ordonner; c'est une espèce de saisie-arrêt qui conserve ses effets malgré l'opposition du défaillant et qui fait rétroagir le jugement définitif au jour du jugement rendu par défaut, et si le jugement

tombe, la mesure subsiste, car elle aura préservé de pertes irréparables la partie gagnante (Chauveau sur Carré, question 1645). Dans ce système, il suffit donc d'interjeter appel du second jugement ou jugement de débouté; cet appel comprend implicitement le jugement rendu par défaut; ils se sont, en effet, identifiés tous les deux à tel point qu'ils n'en forment plus qu'un seul; on ne saurait donc frapper d'appel le jugement rendu par défaut seulement; c'est, dit-on, s'en prendre à un acte sans portée, mais on peut frapper d'appel le jugement de débouté d'opposition, car en l'attaquant on attaque aussi le jugement rendu par défaut.

Nous allons répondre à ces diverses objections et nous exposerons le deuxième système.

Nous pensons, au contraire, que le jugement rendu par défaut continue d'exister, l'opposition a pour but de paralyser son exécution si l'exécution provisoire n'en a pas été prononcée et le jugement de débouté ne fait que rendre à la décision de défaut la force exécutoire un moment paralysée.

Nous invoquerons tout d'abord l'art. 159 du Code de procédure où le mot *suspend* est en toutes lettres et nous donnerons à ce verbe le sens naturel qu'il comporte; pourquoi aller chercher à torturer un texte qui se comprend de lui-même. On s'appuie sur les usages du palais; ces usages, et nous n'avons pas besoin de le dire, ne sauraient en aucune façon faire loi, mais où nous ne comprenons plus du tout l'opinion adverse, c'est quand on nous dit que l'on invoque les motifs d'un jugement qui n'existe plus; nous ne pouvons répondre à cet argument que deux choses : ou le jugement existe, vous reconnaissez son existence en lui empruntant ses motifs, vous le confirmez, en un mot; c'est pour vous quelque chose qui a sa valeur, il n'est donc pas tout à fait mort et vous lui redonnez toute sa vie en disant qu'il sortira son plein et entier effet; ou

bien il n'existe plus. Nous ne voyons pas bien comment vous voudriez vous appuyer sur un acte que vous admettez vous-mêmes comme n'ayant plus aucune force, comme étant sans vie. Si vous confirmez un acte, si mieux vous empruntez les motifs et le dispositif, parties qui donnent la vie au jugement, il ne faut pas regarder ce jugement comme anéanti, car forcément si l'entier n'a plus d'existence, on ne saurait dire que ses parties continuent d'exister. Nous ne comprenons pas, encore une fois, comment, n'ayant plus aucune valeur légale, il puisse produire effet, ce motif nous semble contradictoire. Mais où le système adverse semble embarrassé, c'est quand il s'occupe de l'exécution provisoire, qu'il nous dépeint cette exécution comme une simple mesure conservatoire, une saisie-arrêt. Nous ne savions pas que les mesures d'exécution pouvaient être assimilées à des mesures conservatoires; leur but, nous semble-t-il, n'est pas le même, nous le croyons du moins; les conditions exigées pour les unes diffèrent essentiellement de celles exigées pour les autres; cette assimilation ne nous semble pas sérieuse, mais où nous sommes vraiment surpris, c'est quand on se demande quelle est la source de cette exécution provisoire. Les adversaires reconnaissent que le jugement par défaut n'est plus qu'un simple acte de procédure et ils reconnaissent au juge le droit d'ordonner l'exécution provisoire. Il est vrai, que reconnaissant le caractère conservatoire à cette exécution, ils sont logiques avec eux-mêmes. Mais nous venons de voir, et nous n'insisterons plus désormais sur ce point, que l'on ne saurait en rien assimiler l'exécution provisoire à une mesure conservatoire et ce système vient encore violer la loi en permettant au juge d'ordonner, de son plein gré, l'exécution provisoire. C'est la loi, et non le juge, qui doit ordonner cette exécution et elle l'a fait sous des conditions bien déterminées et la première

condition pour le législateur, c'est que l'acte qui ordonne l'exécution provisoire soit un acte susceptible d'exécution forcée, c'est-à-dire un jugement et non un simple acte de procédure; l'art. 136, Code de procédure civile, confirme notre opinion. Il reste enfin un dernier argument sur lequel nous n'insisterons que fort peu, car nous apercevons que nous nous sommes éloigné de notre sujet.

L'opposition, disent nos adversaires, remet les parties au même et semblable état où elles se trouvaient avant le jugement de défaut; ce principe est trop absolu et comporte une distinction : vis-à-vis de la partie défaillante cela est vrai, il n'a jamais rien été jugé à son égard, ou du moins ce qui a été jugé pourra être rétracté; elle pourra donc prendre toutes conclusions qu'elle jugera utiles à sa défense. Mais il n'en est pas de même de la partie qui a obtenu le jugement de défaut : la cause a été appréciée contradictoirement à son égard, quant à elle, la demande est déterminée et c'est sur cette demande que se base le jugement; c'est cette demande qui cause grief à l'opposant et sur laquelle il s'appuiera pour former son opposition. Si plus tard l'adversaire de l'opposant ajoute quelques nouveaux chefs à sa demande originaire, ces chefs devront être repoussés comme demande nouvelle, sans cela on viendrait à surprendre la bonne foi de l'opposant qui pourra alors ignorer jusqu'à quel point peut porter le débat, ou qui, s'il eût connu ces chefs dès le début de l'instance, aurait pu renoncer au droit d'opposition. La Cour de Paris, dont le dernier arrêt à notre connaissance est du 3 janvier 1852 (D., 52-5-338), s'est toujours prononcée en ce sens.

Revenant à l'appel, nous dirons donc qu'il suffit d'interjeter appel du jugement de défaut, sans s'occuper en rien du jugement de débouté d'opposition.

La jurisprudence est aujourd'hui fixée définitivement dans un sens opposé au système que nous soutenons. Il est, en effet, admis aujourd'hui au palais, et ce sans discussion, que l'opposition anéantit le jugement rendu par défaut, quoique l'on dise que ce jugement sortira son plein et entier effet. Il suffit, d'après cette jurisprudence, d'interjeter appel du jugement de débouté d'opposition (Rouen, 18 mai 1888; G. P., 88-2-630; Cass., 7 décembre 1844; S., 42-1-17). Crépon, au n° 807, cite des arrêts dans notre sens. Ils sont tous très anciens; mais, de ce qu'une théorie a été abandonnée il ne s'en suit pas pour cela qu'elle ne soit pas soutenable. En présence de cette divergence d'opinions, il est peut-être plus prudent de suivre l'avis de M. Rodière (II, p. 92) qui conseille d'interjeter appel des deux jugements : c'est aussi la précaution que nous recommanderons et ce ne sera pas une précaution inutile.

Il nous reste à dire à présent quelques mots sur chaque jugement par défaut.

Jugement par défaut, faute de comparaître. — Cette espèce de jugement ne peut se produire, du moins en matière civile, que contre le défendeur. En effet, l'assignation devant nécessairement contenir constitution d'un avoué, le défaut, faute de conclure, est seul possible pour le demandeur. En matière commerciale au contraire, le ministère des avoués n'est pas nécessaire; le demandeur peut laisser défaut, faute de comparaître, s'il ne se présente pas au jour fixé dans l'assignation, comme aussi il peut laisser défaut, faute de conclure, lorsqu'après avoir comparu à une précédente audience, soit par lui-même, soit par un fondé de pouvoir, il ne se présente plus à une audience ultérieure.

Sous le bénéfice de ces observations préliminaires, occupons-nous du jugement par défaut, faute de comparaître.

Aux termes de l'art. 158 du Code de procédure civile, l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution, et l'art. 159 du même Code définit ce que l'on doit entendre par ce mot exécution. Ainsi donc, tant que le jugement par défaut, faute de comparaître, n'aura pas été exécuté au sens de ce dernier article, l'opposition sera recevable, et partant l'appel impossible.

Jugement par défaut, faute de conclure. — Ce défaut, nous l'avons dit au commencement de cet article, peut se produire : soit du côté du demandeur, soit du côté du défendeur. Occupons-nous du défaut provenant du fait du demandeur. Ce jugement portait, sous l'ordonnance de 1667, plus spécialement le nom de défaut congé, le Code n'a pas reproduit cette expression mais elle existe encore dans la pratique, et nous nous en servons pour plus de netteté dans la discussion.

On s'est demandé si un tel jugement qui consiste à renvoyer le défendeur des fins de la poursuite pouvait être susceptible d'appel. Trois systèmes seront exposés et nous ferons ensuite connaître les critiques que nous croyons devoir élever contre ces diverses opinions.

Dans le premier système, l'appel, dit-on, ne saurait être admis ; l'art. 154 du Code de procédure civile permet au défendeur comparant d'être renvoyé des fins de la poursuite ; le Tribunal ne fait que décerner acte au défendeur de sa demande et l'on sait que ces jugements ne sont pas susceptibles d'appel ; c'est en un mot une simple mise en liberté, le défendeur est relaxé. Quant au demandeur, ce jugement ne peut lui causer aucun grief ; par son silence, il est considéré comme se désistant de la demande, il offre ce désistement et le défendeur l'accepte. Ne pourra-t-il pas, au reste, intenter à nouveau son action ? Pourquoi donc lui ouvrir la voie de l'appel, car suivant l'expression de nos anciens

auteurs : « *Cadit ab instantia non tamen a causa.* » Ce système est soutenu par M. Boncenne (III, p. 16; Talandier, n° 75, p. 66) et par quelques arrêts, notamment : Bastia, 14 août 1866 (S., 67-2-176)¹.

Le deuxième système est d'un avis tout opposé : l'appel est permis pour ce jugement par défaut comme pour tout autre. Tout en n'étant pas motivé, il implique le rejet de la demande principale et ce rejet n'est pas basé sur un désistement du demandeur défaillant, mais sur ce que, comme demandeur, il ne fait aucune preuve et qu'il doit succomber de ce chef. C'est donc un véritable jugement que rend le Tribunal et, comme tel, il est susceptible de toutes les voies de recours et notamment de l'appel. Aucun texte ne l'interdisant, il faut l'admettre (Pigeau, t. I, p. 350; Rivoire, n° 62, p. 76; Rousseau et Laisney, v. Appel, n° 16).

Enfin une opinion intermédiaire soutenue notamment par M. Chauveau sur Carré (question 1566, en note; Bonfils, n° 1378, p. 947; Bièche, v. Appel, n° 43), s'appuie sur une distinction pour fonder son opinion. Le défendeur s'est-il contenté simplement de demander sa mise en liberté, ce jugement n'est pas susceptible d'appel. A-t-il, au contraire, saisi le Tribunal du fond; a-t-il voulu que le Tribunal examine le bien ou le mal fondé de l'action, il y a alors un jugement qui est susceptible d'appel.

Quelques mots simplement sur ce dernier système. Si l'on admet, avec M. Chauveau, que le défendeur, et c'est son droit, saisisse le Tribunal du fond, nous ne voyons pas bien comment le Tribunal pourra s'éclairer, puisque celui qui doit

1. M. Thomine-Desmazures qui admet ce système apporte une distinction si l'action vient à se prescrire dans l'intervalle de l'assignation et du prononcé du jugement de défaut et que le demandeur par suite de ce fait ne puisse plus intenter utilement un nouveau procès, il aura la faculté dans ce cas seulement d'interjeter appel (I, p. 292, n° 183).

fournir des pièces à l'appui de sa demande, qui peut donner au juge des renseignements que l'adversaire se gardera peut-être bien de fournir, ne se présente pas.

Nous repoussons cette distinction et nous revenons aux deux autres systèmes.

Nous avons longuement hésité avant de prendre parti; aucun des systèmes proposés ne nous satisfait complètement. Le premier système a le grave inconvénient de laisser le défendeur en butte à toute espèce de vexations de la part du demandeur : il pourra recommencer dix fois, vingt fois, son procès; il faudra que le défendeur constitue avoué et paye à chaque fois les frais découlant de ces constitutions. Le demandeur, dit-on, pourra se lasser plus facilement que le défendeur car il aura chaque fois les frais à supporter. Mais nous répondons : si le demandeur est insolvable, que lui importera cette condamnation? Une condamnation à des dommages-intérêts lui sera également indifférente et dans ce cas nous pensons, et nos adversaires seraient de cet avis, que le jugement prononçant une condamnation à des dommages-intérêts soit susceptible d'appel. Ce système qui prive le demandeur de la voie d'appel lui accorde celle de l'opposition ; pourquoi cette distinction? (Thomine-Desmazures, n° 183).

Au deuxième système nous reprocherons de laisser la porte ouverte à une fraude; c'est d'arriver un peu trop facilement à supprimer le premier degré de juridiction. Malgré ce reproche très sérieux, nous croyons devoir l'adopter. Nous nous sommes demandé quelle est la nature de l'acte émanant du Tribunal et nous avons dû reconnaître avec ce système que cet acte est bien un véritable jugement; on y retrouve, en effet, tous les éléments essentiels : il est motivé sur la non-comparution du demandeur, il adjuge les

conclusions du défendeur et repousse par là l'action intentée contre lui. Il s'en suit que ce jugement cause grief au demandeur; donc griefs pour le demandeur en ce que la citation est annulée, cause qui fait tomber la demande, et ensuite condamnation aux dépens; motifs plus que nécessaires pour justifier l'appel. De ce que c'est un véritable jugement, nous en concluons que l'autorité de la chose jugée peut s'attacher à lui; le défendeur ne sera donc plus exposé à des vexations continuelles (Trib. com. Seine, 2 mai 1889; loi n° du 23 mai 1889). Le demandeur défaillant devra donc employer l'opposition puis l'appel pour ne pas s'exposer à se voir opposer l'exception « *rei judicatæ*. » Aucun texte ne défendant l'appel, il faut certainement l'accorder.

La jurisprudence s'est, par un arrêt de la Cour de cassation du 21 mai 1879 (S., 81-1-347), prononcée en faveur de l'opinion qui accorde l'appel et paraît fixée définitivement en ce sens (Paris, 23 avril 1883; G. P., 83-2-73 (2° partie).

Du jugement par défaut, faute de conclure, nous n'avons rien à dire. L'appel ne devient possible qu'une fois les délais d'opposition expirés. Ce délai d'opposition est de huitaine à compter de la signification à avoué.

Mais en l'absence de signification à avoué, l'opposition sera recevable pendant trente ans. Nous obtenons ici un résultat assez remarquable. Ce jugement pourra n'être jamais susceptible d'appel. Le droit d'exécuter le jugement se prescrivant par trente ans; dans notre hypothèse, l'appel sera éteint avant d'avoir pu naître. Le jugement, toujours susceptible d'opposition, ne pourra jamais être frappé d'appel quand bien même il eût été signifié à partie, car du jour où l'opposition ne sera plus recevable, l'appel sera impossible, art. 2262 du Code civil; quant aux jugements par défaut, faute de conclure, rendus par les tribunaux de commerce, le

délai d'opposition (huitaine) court du jour de la signification à partie. Il nous reste à dire un mot, pour terminer ce paragraphe, du jugement de défaut, profit joint, l'on sait que si, lorsque plusieurs parties sont assignées, les unes comparaissent et les autres laissent défaut il y a lieu à prendre un jugement de jonction ou jugement de défaut, profit joint. Ce jugement est un jugement préparatoire ; il est la conséquence tout d'abord des prescriptions légales et de ce principe, bien connu au palais, que c'est au demandeur à mettre sa procédure en état, sous peine de voir surgir les nullités. Ce jugement ne saurait être susceptible d'opposition, son caractère ne lui permet pas de contenir aucune mesure d'instruction telle qu'ordonner une enquête ou une expertise. Aucun intérêt n'existe donc pour justifier l'opposition. Cette remarque s'applique également à l'appel. Cependant M. Chauveau admet l'opposition possible si ce jugement, ne se contentant pas d'ordonner une simple réassignation, prononçait en même temps un sursis. Nous n'hésitons pas à admettre l'appel dans ce cas, mais nous estimons que le jugement de jonction ne perd pas son caractère préparatoire et que cet appel ne sera recevable qu'avec celui sur le jugement définitif.

Quant aux jugements de débouté d'opposition intervenus sur défaut itératif, ou intervenus après un défaut, profit joint ; comme ils ne sont plus susceptibles d'opposition (art. 153-165), le droit commun reprend son empire et ils deviennent susceptibles d'appel suivant la règle posée dans l'art. 449 du Code de procédure civile.

SECTION IV

La décision doit être en premier ressort.

Nous arrivons à une question fort importante : il s'agit de déterminer le taux du ressort. Cette règle se présente sous

forme d'exception. Nous avons, en maintes occasions, posé en principe que l'appel est la règle et que les décisions non susceptibles d'appel sont l'exception. Parmi ces décisions nous en trouvons qui, à raison du peu d'importance de la contestation, sont rendues sans appel. Le législateur a considéré que les frais du double degré de juridiction absorberaient souvent, peut-être bien au delà, la valeur en litige. L'appel, dans ce cas, au lieu d'être une institution salubre, deviendrait une ruine pour les plaideurs. Il a donc fallu établir une limite entre les décisions en premier ressort et celles rendues en dernier ressort. En droit romain cette règle n'existait pas et on pouvait appeler de toute décision, quel que fût l'intérêt en litige¹. Dans l'ancien droit, le taux du dernier ressort est limité. Les présidiaux jugent en matière civile, sans appel, jusqu'à 250 livres tournois de capital ou 10 livres de rente annuelle, et les juges consulaires jugeaient en dernier ressort jusqu'à 500 livres. Sous Louis XVI, nous trouvons l'institution des grands bailliages, qui statuaient en dernier ressort jusqu'à 20,000 livres. La loi des 16-24 août 1790 vint apporter en notre matière, comme en toute autre du reste, des réformes importantes.

L'art. 5 du titre IV porte que les juges du district connaîtront en premier et en dernier ressort de toutes les actions personnelles et mobilières, jusqu'à la valeur de 1,000 livres de principal et des affaires réelles dont l'objet principal sera de 50 livres de revenu déterminé soit en rente, soit par prix de bail. Le taux du ressort fut le même en matière commerciale; en effet, l'art. 639 ancien du Code de commerce portait que les tribunaux jugeaient en dernier ressort toutes les demandes dont le principal n'excéderait pas la valeur de 1,000 fr. Telle

1. L. 20 C. *De Appellationibus*, VII-62.

fut la législation jusqu'au 11 avril 1838, jour où une loi spéciale à la juridiction civile vint modifier l'art. 5 de la loi de 1790. Cette loi comprend treize articles mais seuls les deux premiers articles se rapportent à notre matière : le premier fixe la limite du premier et du dernier ressort : 1,500 fr. de principal pour les actions personnelles et mobilières; et pour les actions immobilières, 60 fr. de revenu, déterminé par bail ou par rente. Toutes affaires excédant 1,500 fr. de capital ou 60 fr. de revenu sont en premier ressort, les autres sont en dernier ressort. Une loi du 3 mars 1840 a uniformisé notre législation au point de vue du commerce, et l'art. 639 de notre Code de commerce porte aujourd'hui 1,500 fr. de principal. L'art. 2 de la loi de 1838 ainsi que l'art. 639 s'occupent des demandes reconventionnelles et en compensation. Nous allons essayer d'exposer les nombreuses difficultés auxquelles ces articles ont donné naissance; nous avons, en un mot, à faire le commentaire de cette loi.

Mais avant, nous croyons utile de poser quelques principes généraux. L'appel est la règle; d'où la conséquence que, si un doute s'élève sur la question de savoir si telle ou telle affaire doit être jugée en premier ou dernier ressort, c'est la présomption du dernier ressort qui doit l'emporter, et c'est à l'intimé qui prétend que l'appel n'est pas recevable, à qui il appartient de faire cette preuve (Caen, 19 nov. 1870; S., 71-2-163). Peu importe, d'ailleurs, la qualification attribuée au jugement par le juge. Il n'appartient point au juge d'évaluer la valeur en litige et si cette qualification pouvait avoir effet sur la recevabilité ou l'irrecevabilité de l'appel, combien de jugements seraient en dernier ressort? Mais il ne faut pas croire que cette qualification soit cependant dénuée de tout intérêt. Si un jugement a été qualifié à tort en premier ressort et qu'appel en soit interjeté, l'exécution devra en être sus-

pendue; de même, si un jugement a été qualifié à tort en dernier ressort, l'exécution pourra en être poursuivie malgré l'appel. Quel est donc le remède à apporter à cette fausse qualification? Nous le trouvons dans l'art. 457 du Code de procédure civile : si le jugement est mal à propos qualifié en dernier ressort, l'appelant adressera une requête au premier président pour obtenir l'autorisation de citer l'intimé à bref délai et demandera à la Cour un arrêt de défense et quant aux jugements mal qualifiés en premier ressort, l'exécution pourra en être ordonnée par la Cour.

La fin de non-recevoir tirée de ce que le jugement n'est pas susceptible d'appel tient à une règle ayant trait à l'organisation judiciaire et, par suite, est d'ordre public : nous connaissons les conséquences, nous n'insisterons pas davantage.

Sur cette question du taux du ressort nous étudierons les trois sections suivantes : 1^{re} Règles générales; 2^o Mode d'évaluation; 3^o Applications diverses.

§ 1^{er}. — Règles générales.

1^{re} Règle. — C'est la demande qui fixe le taux du ressort et non la condamnation. C'est au chiffre de la demande « *quantum petitur* » et non au chiffre de la condamnation « *quantum debetur* » qu'il faut s'attacher. Cette règle a-t-elle besoin d'une justification? Si l'on s'était, en effet, attaché à la condamnation, il en serait résulté que le juge eût été le maître absolu de juger soit en premier, soit en dernier ressort; et, sans médire de nos magistrats, il en est bien peu qui se fussent exposés à la censure de leurs supérieurs; le droit d'appel eût été, par suite, une vaine institution, aussi la doctrine et la jurisprudence sont-elles unanimes sur cette question.

De ce que ce n'est pas à la condamnation qu'il faut s'attacher, il en résulte que les juges ne pourraient, par une condamnation supérieure à 1,500 fr., quand la demande principale est inférieure à cette somme, statuant en un mot « *ultra petita*, » rendre leur jugement susceptible d'appel (Cass., 26 juillet 1882; S., 84-1-79). Ce n'est donc pas par la voie de l'appel qu'il faudrait attaquer ce jugement, mais par la voie de la requête civile¹.

2° Règle. — La demande est définitivement fixée par le dernier état des conclusions. Nous venons de voir que c'est la demande qui fixe le taux du ressort, mais à quel moment faut-il se placer pour que cette demande soit définitive. Si l'on considère l'ajournement, on s'exposera à des erreurs, car le demandeur est libre de modifier en cours d'instance ses conclusions; il peut les restreindre, comme aussi il peut les augmenter. Il faut donc se placer au moment où ces conditions deviennent définitives, c'est-à-dire au moment des conclusions du ministère public en matière civile, et au moment de la mise en délibéré en matière commerciale. Tout ceci ne saurait faire difficulté, mais toutefois il faut que le défendeur ait connaissance de ces modifications, alors même qu'elles constituent une réduction de la demande originale; elles ne peuvent donc se produire qu'en présence du défendeur, si donc celui-ci ne se présente pas, le demandeur devra nécessairement s'en tenir à l'exploit introductif d'instance. Si, d'après la demande originale, la cause est susceptible d'appel, le défendeur, en laissant défaut, a pu compter sur cette voie de recours pour faire réformer le jugement, il ne saurait donc en être privé par le seul fait du demandeur ;

1. La règle qui veut que la compétence en premier ou en dernier ressort soit déterminée par le montant de la condamnation s'applique en matière de contraventions de simple police (art. 172, Code Inst. crim.).

c'est en ce sens que se sont prononcées la Cour suprême, le 6 juillet 1814, et la Cour de Bordeaux, le 29 février 1844 (S., 44-2-570). M. Rodière (II, p. 49) est d'un avis contraire et il admet que le défendeur ne saurait éprouver un préjudice réel du changement de conclusions du demandeur ; par l'opposition, en effet, il fera tomber le jugement par défaut et toutes les parties seront replacées au même et semblable état, comme s'il n'y avait jamais eu de jugement ; chaque partie pourra donc, sur l'instance en opposition, prendre de nouvelles conclusions, le demandeur pourra les modifier comme il lui plaira (Cass., 6 mars 1889 ; G. P., 89-1-489).

Nous avons fait connaître notre opinion sur l'effet que produit l'opposition par rapport à un jugement par défaut ; nous saisissons cette occasion pour l'affirmer à nouveau. Nous pensons que le jugement de défaut rendu sur les conclusions de la partie qui comparait ou plutôt sur l'exploit introductif d'instance (nous ne nous occupons que du jugement par défaut, faute de plaider), a rendu ces conclusions définitives, le défaillant y a un droit acquis ; si l'on admet la thèse contraire, le demandeur peut surprendre son adversaire par des demandes nouvelles qui, si elles avaient été produites de premier abord, auraient pu déterminer le défaillant à prendre un parti tout autre.

3^e Règle. — C'est le principal de la demande qui détermine le degré de juridiction. Remarquons que la loi dit principal et non capital. Le principal comprend donc l'objet qui forme le but de la demande et tous ses accessoires. Pour déterminer ce principal, il faut se placer au jour de la demande. Si l'on demande paiement d'une somme d'argent, le principal comprendra le capital et les intérêts dus au jour de cette demande. Si la convention les mentionne, si l'on demande l'exécution

d'une obligation, garantie par une clause pénale, le montant de la peine encourue entrera en ligne de compte. Mais là s'arrête le principal, sa fixation définitive a lieu à l'époque que nous avons indiquée, il ne comprend donc pas les intérêts échus depuis la demande, ni les frais et dépens, ni les dommages-intérêts basés sur le préjudice que la demande peut causer au défendeur.

§ 2. — *Mode d'évaluation.*

Nous venons de voir comment on détermine la demande; il nous faut maintenant, faisant application de ces règles, en faire l'évaluation, c'est-à-dire indiquer, d'une manière aussi exacte que possible, dans quels cas un jugement est en premier ressort, dans quels cas il est en dernier ressort.

L'art. 1^{er} de la loi de 1838 distingue entre les matières mobilières et les matières immobilières¹. Nous suivrons cette distinction.

PREMIER POINT

Matières mobilières.

Sur ce premier point, nous étudierons les questions suivantes :

1^{re} Question. — Demandes déterminées, comprenant :
1^o Demandes principales et demandes subsidiaires; 2^o De-

1. La loi dit actions personnelles et mobilières, il faut corriger cette expression et remplacer la conjonction *et* par la conjonction *ou*, une seule qualité suffit à l'action, qu'elle soit *personnelle* ou mobilière pour l'application de l'art. 1^{er} de la loi de 1838. Quant à l'action personnelle immobilière dont l'existence est assez rare dans notre droit depuis la règle nouvelle, admise par l'art. 1138 du Code civil, on doit lui appliquer les règles que nous ferons connaître plus tard, quand nous étudierons comment se détermine le degré de juridiction dans les actions immobilières.

mandes susceptibles d'être divisées; 3^e Demandes alternatives réunies ou jointes et garanties, et une 4^e question sur les demandes indéterminées. Nous aurons plutôt à énumérer des espèces qu'à exposer de la doctrine; ce sera un résumé de la jurisprudence. L'art. 1^{er} de la loi du 11 avril 1838 et l'art. 639 du Code de commerce posent, comme nous le savons, la limite qui sépare le premier du dernier ressort. Jusqu'à la valeur de 1,500 fr. de principal, les jugements rendus par ces deux juridictions sont en dernier ressort.

C'est au demandeur et au demandeur seul à faire l'évaluation de la demande; en thèse générale, le défendeur ne peut contester cette estimation et le juge ne saurait être admis à en faire l'évaluation; il ne pourrait, par exemple, ordonner une expertise pour fixer la valeur en litige, le principe qui domine cette matière a pour but de soustraire les parties à l'arbitraire du juge; nous allons en voir, tout à l'heure, une autre application¹. Aucune difficulté d'évaluation ne s'élève quand il s'agit d'une somme d'argent réclamée, ou d'une demande en dommages-intérêts, soit fixée par une clause pénale, soit réclamée pour inexécution d'une convention. C'est une simple question de lecture du dispositif de l'ajournement ou des conclusions, et l'on voit de suite si cette demande excède ou n'excède pas 1,500 fr. Mais si l'on réclame des effets publics, des denrées, des marchandises soumises à des mercuriales, à des cours, comment déterminera-t-on le taux du ressort? Nous pensons que le ressort devra tout naturellement être déterminé par le cours de la bourse, ou par les mercuriales, au jour de la demande; rien ne sera plus simple que de transformer la demande en une somme d'argent, il suffira d'une simple multiplication.

1. *Contra*, Rennes, 19 février 1894. Rec. d'Angers et de Rennes, 94-174, et les renvois en note.

M. Crépon (nos 271 et suiv.) admet un système contraire. Il ne trouve pas dans les cours de la bourse, et par analogie dans les mercuriales, une base fixe, certaine, ne permettant aucune incertitude sur le point de savoir si on est en présence d'un jugement en premier ressort ou d'un jugement en dernier ressort; la première condition pour la détermination que nous cherchons consiste, en effet, à obtenir une évaluation fixe, certaine, et non une évaluation approximative. Les cours, dans la même journée, varient souvent et si la demande, ajoute notre auteur, se trouve sur ce que l'on peut appeler la frontière du premier ou du dernier ressort, il suffira d'un mouvement de hausse ou de baisse pour que l'on soit au delà ou en deçà de cette frontière, et la demande en remise d'effets publics dont le chiffre n'a pas été précisé doit être considérée comme une demande indéterminée. Nous croyons, malgré cette observation fort judicieuse, maintenir le principe formulé plus haut; quant à nous, la demande est déterminée d'une manière fixe et certaine par le cours qui clôt les opérations, soit des valeurs de bourse, soit des marchandises, denrées, etc. C'est ce cours qui en fixe pour le jour la valeur définitive, c'est à ce prix qu'elles se vendront le lendemain, et c'est cette cote que l'on consultera plus tard en cas de besoin. Il eût sans doute été préférable que le législateur s'expliquât nettement sur ce point comme il l'a fait dans l'art. 3 de la loi du 25 mai 1838 : nous ne pouvons constater qu'une lacune, mais nous ne croyons pas ajouter à la loi en maintenant notre système d'évaluation : système qui est employé dans la vie courante et qui, s'il n'est pas admis expressément par le Code, n'est pas non plus défendu. La jurisprudence paraît devoir se fixer dans le sens de l'opinion de M. Crépon (Voyez notamment : Cass., 13 décembre 1875; S., 76-1-78).

Dans le cas où aucune évaluation n'est faite, la demande

doit donc être indéterminée, et cela quelle que soit la valeur de l'objet en litige. Un demandeur réclamait, pour prendre un exemple dans la jurisprudence, un poulet qu'il prétendait lui avoir été volé par son voisin, sans autre détermination quant à la valeur; il est certain que l'objet réclamé ne pouvait atteindre la somme de 1,500 fr., à moins que ce ne fût la poule aux œufs d'or; le jugement n'en fut pas moins déclaré en premier ressort; d'une part, en effet, aucune valeur n'est indiquée, et si l'on nommait un expert pour déterminer cette valeur, l'adversaire serait recevable à appeler du jugement qui se baserait sur la valeur déterminée: pourquoi ne pas permettre l'appel du jugement principal? D'autre part, le défendeur ne pourrait être admis à discuter la valeur de l'objet réclamé, du moins quant à la recevabilité de l'appel: cette contestation ne produirait effet que sur le fond du litige (Lyon, 24 août 1854; S., 55-2-32; Toulouse, 5 juin 1868; D., 68-2-108; *contra*, Rennes, 19 février 1894; Rec. de Rennes, 94-174)¹.

1. Voici l'espèce jugée par la Cour. La Compagnie des chemins de fer d'Orléans réclamait, pour une cause que nous ignorons, à un sieur Peyron, une somme de 505 fr., et demandait l'insertion du jugement à intervenir dans deux journaux de Vannes. Déboutée de sa demande, elle interjeta appel, et la Cour lui opposa d'office une fin de non-recevoir, tirée de ce que, la valeur en litige était manifestement inférieure à 1,500 fr., et déclara son appel non recevable. Les motifs invoqués par la Cour peuvent se résumer ainsi. La loi a fixé, dans les affaires personnelles et mobilières, la limite du dernier ressort à 1,500 fr., mais cette demande peut être indéterminée, elle n'a fixé aucune règle impérative pour déterminer si l'action embrasse une valeur supérieure ou inférieure à 1,500 fr. et son but, en refusant l'appel au-dessous de cette somme, a été manifestement d'empêcher que, pour une contestation d'une valeur modique, l'objet du litige ne fût absorbé ou dépassé par les frais. Il ne peut appartenir à une partie, en ne déterminant pas sa demande d'éluder la loi, de se réserver le droit d'appel, même pour un litige sans importance. Et la Cour, appliquant sa théorie à la question de fait, dit qu'il est impossible que deux insertions ne puissent coûter 995 fr. différence, en chiffres ronds entre 1,500 fr. et la somme contenue dans la demande 505 fr. Elle en conclut que les deux demandes ne pouvant parvenir par leur réunion à 1,500 fr., le jugement était en dernier ressort.

Cependant, il peut arriver que la demande ne soit indéterminée qu'en apparence. L'ajournement ou les conclusions ne contiennent aucune somme; mais si les juges trouvent dans les actes de la procédure des indications leur permettant d'évaluer l'importance de la réclamation du demandeur, qu'ils n'aient besoin de se livrer qu'à de simples opérations arithmétiques, le jugement sera en premier ou dernier ressort, suivant que la demande sera supérieure ou inférieure à 1,500 fr. (Cass., 23 janvier 1865; S., 65-1-116; Montpellier, 13 juillet 1853; S., 53-2-476). Le juge, avons-nous dit, doit trouver, au moment où il fait son évaluation, tous les renseignements nécessaires pour déterminer le taux de la demande.

La question s'est souvent posée et elle intéresse particuliè-

Nous ne pouvons adopter la théorie émise par cet arrêt, et nous soutenons que c'est au demandeur à fixer, par sa demande, le taux du ressort. Ce droit ne saurait lui être contesté, et quand même, il serait évident que l'objet réclamé dans l'ajournement ne pourrait atteindre 1,500 fr., quand même, il serait manifeste que si le demandeur, n'a pas pris soin d'indiquer aucune valeur, il a agi de mauvaise foi, et pour se ménager la voie de l'appel, la demande n'en doit pas moins être indéterminée. Nous l'avons dit, au texte, ce n'est pas au juge à fixer la valeur de l'intérêt en litige; la loi a voulu surtout empêcher qu'il soit maître du taux du ressort et quand bien même, comme dans l'espèce, il lui apparaît que l'absence de détermination de valeur cache une fraude à la loi, il ne lui est pas permis de s'arroger le droit de juger en dernier ressort. D'ailleurs, il y a-t-il bien fraude à la loi, nous ne le pensons pas, le demandeur entend se réserver la faculté d'appel. Mais n'est-ce pas un droit? Il retombe dans la loi commune. Sans doute, il augmentera les frais de justice, dans une mesure peut-être hors de toute proportion, avec l'objet en litige. Mais ne court-il pas le risque de supporter tous les frais, si, après avoir triomphé en première instance, il succombe en appel? Sans doute, l'intimé est exposé à supporter un excédent de dépens, si, ayant été vainqueur devant le juge inférieur, il vient à succomber devant le juge supérieur. Il ne peut cependant se plaindre quoique la situation soit digne d'intérêt, car l'appelant pourra lui répondre: J'ai usé de mon droit en ne déterminant pas ma demande, j'ai eu recours à l'appel, ce que la loi me permettait, vous ne pouvez vous plaindre, j'ai fait ce que la loi m'autorisait à faire et les événements m'ont démontré que j'avais eu raison d'agir ainsi. La jurisprudence, dans une espèce analogue à celle jugée par la Cour de Rennes, s'est prononcée dans un sens opposé (Cass., 14 janvier 1845, S. 45-1-379; Montpellier, 12 mars 1847, S., 47-2-424; ajoutez Cass., 2 février 1881, S., 82-1-198). L'arrêt de la Cour de Rennes a, nous le croyons du moins, fait l'objet d'un pourvoi.

rement les avoués de savoir si une demande en paiement de frais, suivant la taxe, est en premier ou en dernier ressort. La Cour de cassation s'est prononcée en sens différents dans deux arrêts, du 23 janvier 1865, déjà cité, et du 2 février 1881 (S., 82-1-198). La théorie du dernier arrêt nous semble préférable tant que les juges n'ont pu liquider les frais, que la taxe n'est pas intervenue, la demande est indéterminée. Si, en effet, les frais ne sont taxés qu'après le jugement rendu, il faudra donc attendre pour qualifier ce jugement que la taxe soit faite, ce qui ne nous paraît pas admissible. car, en l'absence de qualification, le jugement étant réputé en premier ressort, le taux qui devra être fixé ultérieurement n'aura plus d'utilité (Grenoble, 7 mars 1868 ; D., 68-5-126 ; Crépon, n° 268 ¹).

Jusqu'ici nous avons posé comme principe que le demandeur seul fixait lui-même le taux du ressort. Ce principe se trouve cependant tempéré par certains actes du défendeur. Il peut, en effet, se porter reconventionnellement demandeur. Nous faisons sur ce point un simple renvoi : il peut reconnaître comme fondée une partie de la demande ; il peut opérer un paiement partiel ; il peut faire des offres réelles ; quels seront les effets produits dans ces différences hypothèses. Disons quelques mots de chacune, mais auparavant prenons une espèce qui sera commune à chaque hypothèse : Pierre réclame à Paul une somme de 2,000 fr. Paul, en cours d'instance, offre à Pierre une somme de 1,000 fr., ou recon-

1. Ces deux arrêts sont inconciliables, suivant nous, et quel que soit le parti que l'on prenne, il faudra admettre l'un et rejeter l'autre ; dans les deux espèces, en effet, l'état des frais avait été fourni et il suffisait au juge d'y donner la force exécutoire en les taxant ; la différence, il est vrai, existe dans la demande ; dans la première espèce on réclame les frais d'après la taxe qui interviendra et, dans la deuxième c'est une simple demande et paiement de frais. Il nous semble que ces deux demandes sont également indéterminées.

naît ne lui devoir que 1,000 fr., ou effectue un paiement partiel de 1,000 fr.; le jugement qui interviendra sur les 1,000 fr. en litige sera-t-il en dernier ressort? Il faut, suivant nous, examiner chacun des cas signalés et regarder à quel résultat pratique ils vont nous conduire.

1^{re} Hypothèse. — Le paiement partiel effectué en cours d'instance a eu pour effet de réduire la demande et de l'abaisser au taux du dernier ressort; le litige n'existe que pour la différence, et c'est cette différence seule qui pourra être demandée dans les conclusions de l'adversaire et sur laquelle le Tribunal aura à se prononcer (Nancy, 20 janvier 1870; D., 72-2-89; Amiens, 17 mars 1888; Rec. de cette Cour, 88-111).

2^e Hypothèse. — S'agit-il d'offres réelles, ou le défendeur reconnaît-il la demande fondée pour partie; il faut distinguer si ces offres ou cette reconnaissance sont acceptées ou non. Dans le cas d'acceptation nous retombons dans la première hypothèse du paiement partiel; dans le cas contraire, le Tribunal aura à se prononcer sur la question de savoir si les offres sont satisfaisantes; il devra connaître encore dans ce dernier cas de la contestation entière (Cass., 14 juillet 1879; S., 79-1-396; Rennes, 24 novembre 1890; Rec. de Nantes, 91-1-286). Il en serait de même si les offres étaient acceptées conditionnellement et que la condition ne vînt pas à se réaliser (Cass., 28 février 1887; Gaz. du P., 87-2, sup. 71). En doctrine, voyez en ce sens de Freminville (1, n° 507).

La question est cependant controversée. Dans le système contraire, réunissant nos trois hypothèses en une seule, on ne s'inquiète plus de l'acceptation ou de la non-acceptation des offres réelles; on dit simplement que les offres ou la reconnaissance ne font plus porter l'intérêt du litige que sur une

partie de la créance et que le débat sera circonscrit à cette somme; nous avons, par avance, répondu à cet argument et nous ajouterons, partageant l'opinion de M. Crépon (n° 310), que c'est au demandeur seul qu'il appartient de fixer le taux du ressort, et que si l'on admettait ce dernier système, le défendeur pourrait, à son gré et quand lui seul le voudrait, rendre le litige susceptible d'un seul degré de juridiction, ce qui ne saurait être admis.

La jurisprudence a eu maintes fois à se prononcer sur le premier et le dernier ressort, et les monuments en sont considérables; combien de fois se sont présentées des demandes inférieures à 1,500 fr., mais basées sur une interprétation de titre, ou sur une demande en reddition de comptes, ou sur un partage, ou sur une ouverture de crédit. Il sera facilement compris qu'il n'est pas de notre devoir d'énumérer tous ces cas, qui trouveront leur place toute marquée dans un ouvrage pratique. Nous renvoyons le lecteur qui serait désireux de connaître ces diverses applications, au Traité de l'appel de M. Crépon (t. I, n° 281, et S., pp. 65 et suiv.)¹.

Disons d'une manière générale que lorsque la demande est inférieure à 1,500 fr., alors que les juges doivent examiner des titres ou établir un compte supérieur au taux du dernier ressort, la demande n'en doit être pas moins jugée en dernier ressort (*contra*, Rennes, 12 avril 1894; Rec. Rennes, 94-227).

Demandes additionnelles. — Nous avons déjà dit, et nous le répétons, que le demandeur peut, jusqu'à ce que la cause

1. Nous nous contenterons de citer quelques arrêts, disons ici que lorsque des titres sont soumis à l'appréciation du juge, ils n'influent aucunement sur le degré de juridiction. Si l'examen n'a pour but que leur application à la demande, et s'ils ne sont invoqués que comme moyen de défense (Cass., 30 décembre 1885, S., 86-1-56). Voyez en matière de reddition de compte (Rennes, 16 novembre 1893, Rec. de Rennes, 94-48; Besançon, 19 février 1873, D., 73-2-96; Ouverture de crédit, Pau, 14 août 1867, S., 68-2-80).

soit mise en délibéré, changer, augmenter ou diminuer sa demande; il lui est loisible, sous certaines conditions, de réparer les oublis, les omissions qu'il a commis dans sa demande principale; il le fait par des conclusions dites additionnelles qui, comme leur nom l'indique, ont pour but d'ajouter à la demande. Nous aurons à nous occuper des conclusions additionnelles quand nous étudierons les demandes reconventionnelles et les demandes nouvelles, nous n'en dirons ici que quelques mots pour montrer quelle influence elles peuvent exercer sur le taux du ressort. Le demandeur peut, au moyen de ces conclusions, rendre susceptible d'appel un jugement qui ne l'aurait pas été suivant la demande originaire, et ce, quand le demandeur agirait dans un but purement vexatoire. Ainsi, le demandeur réclame à son adversaire une somme de 1,200 fr., plus une seconde somme de 500 fr. à titre de dommages-intérêts pour embarras que lui a causé la demande; il est évident que le demandeur agit ainsi, le plus souvent, dans le seul but de se ménager l'appel; le jugement n'en sera pas moins en premier ressort (Cass., 29 mai 1876; S., 76-1-297; Douai, 24 juillet 1891; D. 92-2-320). Mais ne posons pas ce principe comme absolu et faisons une distinction qui s'impose.

La demande additionnelle réclame-t-elle une chose antérieure à la demande? On avait demandé, dans l'exploit introductif d'instance, paiement d'une somme portant intérêts, mais on avait omis de demander les intérêts; dans ce cas la demande additionnelle se joint à la demande originaire et il faut les considérer toutes les deux pour savoir si le jugement à intervenir sera ou ne sera pas susceptible d'appel; si, au contraire, la chose réclamée est postérieure à la demande. On réclame, par exemple, les intérêts d'une somme dont on demande paiement, et ce, à partir du jour de la demande

(art. 1153 du C. civ.). On ne doit pas tenir compte de cette demande additionnelle, la jurisprudence a été amenée à se prononcer sur cette question au point de vue des dommages-intérêts réclamés pour un fait antérieur à l'instance, ou pour un fait né postérieurement à son introduction; elle a été inspirée par la distinction que nous indiquons tout à l'heure (Orléans, 31 mai 1864; S., 65-2-8; Metz, 18 mai 1855; S., 55-2-349¹).

I. Cet arrêt fait application au demandeur des dispositions de l'art. 2 de la loi du 11 avril 1838, théorie que nous combattons plus loin.

La distinction que nous signalons au texte, et que nous donnons comme ne faisant aucun doute, a fait cependant l'objet d'une controverse assez vive qui existe encore aujourd'hui. Ainsi, tandis que la Cour de Poitiers, dans un arrêt récent, du 24 mai 1894 (Gaz. du P., 94-2-482), admet la distinction que nous croyons non seulement fondée, mais encore la seule qui puisse être d'accord avec la loi, la Cour de Paris (7^e Chambre), 6 décembre 1893, G. P., 94-1-173), admet le système que nous combattons. Le principe sur lequel repose cette opinion consiste à dire que le taux de la juridiction est définitivement fixé par les dernières conclusions du demandeur; jusqu'à ce moment il peut former telles demandes qu'il lui plaira et notamment réclamer tels dommages-intérêts qu'il lui conviendra; ces nouvelles demandes s'ajouteront à la demande principale, sans qu'il y ait lieu de distinguer si leurs causes sont antérieures ou postérieures à la demande originaire. Ajoutez, dans le même sens (Cass., 7 juillet 1890; Gaz. du P., 90-2-196).

La Cour de Poitiers, dans l'espèce citée plus haut, considérait comme dommages-intérêts ayant une cause postérieure à la demande, les dommages-intérêts réclamés éventuellement par le demandeur pour le cas d'inexécution par le défendeur des dispositions du jugement à intervenir. La Cour de cassation, par arrêt du 15 avril 1890 (S., 93-1-476), avait par avance condamné cette théorie en proclamant formellement que « dans l'évaluation d'une demande, afin de savoir si elle dépasse ou non le taux du dernier ressort, il faut tenir compte non seulement de la demande principale, mais encore *des dommages-intérêts additionnellement réclamés sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les dommages-intérêts actuels et les dommages-intérêts purement éventuels.* »

Cet arrêt montre combien il est difficile de savoir s'arrêter dans la voie de la violation flagrante de la loi : il est plus qu'évident qu'une telle demande a une cause postérieure à l'exploit introductif d'instance puisqu'elle ne naîtra que postérieurement au jugement à intervenir. La Cour de Paris, dans l'arrêt que nous indiquons, semble avoir suivi cette doctrine en assignant le dernier état des conclusions comme fixant, dans l'espèce particulière qui nous occupe, le taux de la juridiction. Nous souhaitons vivement que la jurisprudence persiste dans l'opinion de la Cour de Poitiers.

**Demandes principales. — Demandes subsidiaires. —
Demandes accessoires.**

Sous cette rubrique nous dirons quelques mots des conclusions subsidiaires ; puis, faisant un retour en arrière, nous nous occuperons des accessoires de la demande : dommages-intérêts, fruits, frais et dépens, au seul point de vue d'arriver à déterminer le moment exact auquel on doit se placer pour arriver à calculer ce que la loi appelle le « principal. »

Les conclusions subsidiaires sont, en quelque sorte, une certaine concession faite à l'adversaire ; mais concession qui, comme son nom l'indique, ne devra être admise qu'au cas où la demande principale serait rejetée. Le demandeur réclame, par exemple, un cheval, qu'il évalue à une somme de 1,200 fr., ou subsidiairement demande une enquête qui établira quelle somme lui est due. La demande subsidiaire a donc pour but d'obtenir une enquête, une expertise pour le cas où le Tribunal ne trouverait pas la demande principale pleinement justifiée. Quel est l'effet de cette demande sur la fixation du taux du ressort. Les conclusions subsidiaires, destinées à ne recevoir leur exécution qu'autant que la demande principale est rejetée, ne doivent entrer en ligne de compte qu'autant qu'elles auront été allouées ; cette distinction ne saurait faire difficulté (Crépon, n° 419).

Nous savons qu'il faut distinguer entre les accessoires échus avant la demande et ceux échus après. Mais quel est le moment exact de cette demande, quel est l'instant précis qui produit les conséquences que nous connaissons.

La jurisprudence décide que pour les affaires soumises au préliminaire de conciliation, c'est la citation en conciliation, lorsqu'elle a été suivie dans le mois de l'ajournement qui doit être considérée comme constituant de la demande ; c'est

donc à partir de cette date que le principal est définitivement fixe (Caen, 7 novembre 1827. Application pure et simple de l'art. 57, C. pr. civ.). Quant aux matières dispensées de préliminaire de conciliation, il faut nécessairement se reporter au jour de la demande elle-même. Il nous reste à parler des affaires commerciales; ces affaires, d'après l'art. 49 (C. de pr. civ., § 4), sont dispensées de préliminaire de conciliation. Nous appliquerons donc la règle précédente, mais il est toute une catégorie d'affaires, dont la demande est précédée d'un acte appelé protêt, nous voulons parler des demandes en paiement des effets de commerce restés impayés à leur échéance. La grande majorité des arrêts considère cet acte comme le commencement des poursuites, aussi les intérêts échus depuis cet acte, les frais auxquels il donne lieu ne sauraient être comptés pour déterminer le taux du ressort. (Paris, 21 décembre 1880; S., 81-2-108; Cass., 7 novembre 1876; S., 77-1-8; Limoges, 2 mars 1888; loi n° du 11 juillet suivant; Dutruc sur Chauveau et Carré, v. Appel n° 95; Rousseau et Laisney, v. Appel, n° 82; Crépon, n° 443 et suiv.).

Nous considérons, quant à nous, le protêt comme un simple acte de constat, dressé par un officier ministériel qui consacre officiellement le refus de paiement, et qui produit surtout des effets entre le porteur et les endosseurs en conservant le recours du premier contre les derniers, mais il n'engage en rien l'instance. Aussi, admettons-nous que les intérêts échus entre le protêt et la demande, les dommages-intérêts auxquels il peut donner lieu, les frais qu'il aura occasionnés, tout cela doit être considéré pour la détermination du ressort. (En ce sens, voyez Bourges, 3 juillet 1844; S., 45-2-608; Trib. civ. d'Argentan, 19 novembre 1883; G. P., 84-1-200). Nous venons de voir la diversité de fixation du jour de la

demande; peut-être vaudrait-il mieux, au point de vue de la législation, avoir une uniformité dans cette matière. Le législateur de 1892, qui a eu l'occasion de toucher à la question de savoir à quel moment il regardait l'instance comme engagée, s'est prononcé nettement, en considérant l'acte d'ajournement, comme premier acte de l'instance, sans distinction entre les matières commerciales ou civiles et entre les affaires soumises ou non au préliminaire de conciliation. Il serait donc à désirer qu'un paragraphe fût ajouté à l'art. 1^{er} de la loi de 1838 et à l'art. 639 du Code de commerce. La jurisprudence, en présence des divers systèmes qui peuvent se présenter, peut supprimer ou accorder le deuxième degré de juridiction, d'une façon arbitraire.

Disons enfin en terminant, que les accessoires doivent être demandés d'une façon nette et précise dans la demande, particulièrement en ce qui concerne les intérêts, ils doivent être calculés; de même, les frais qui ont pu être exposés avant la demande, et nous considérerions, comme rentrant dans le dernier ressort, une demande inférieure à 1,500 fr. accompagnée de ces mots : « Intérêts et frais ou intérêts de droit » (Grenoble, 27 novembre 1886; Recueil de cette Cour, 87, p. 31).

Pluralité de demandeurs ou de défendeurs.

Nous avons jusqu'ici supposé un seul demandeur agissant contre un seul défendeur; il nous faut examiner rapidement (car c'est plutôt dans toutes ces questions affaire de jurisprudence) ce qui va se passer lorsque plusieurs demandeurs agissent contre un ou plusieurs défendeurs ou lorsqu'un agit contre plusieurs défendeurs. Trois points formeront la division de ce paragraphe, divisibilité, solidarité, indivisibilité.

a) *Divisibilité*. — Supposons tout d'abord la divisibilité existant du côté des demandeurs. Lorsqu'une demande est formée par plusieurs personnes dans un même exploit; ce sont, par exemple, des ouvriers réclamant par le même acte à leur patron le montant de leurs salaires; il faut prendre en considération chaque demande isolément. Si, donc, réunies, elles forment une somme supérieure à 1,500 fr. mais divisées sont inférieures à ce chiffre, le jugement rendu sera en dernier ressort. La jurisprudence et la doctrine sont aujourd'hui unanimes sur ce point. Il y avait eu, avant 1860, une jurisprudence fixée dans un sens diamétralement opposé, mais un arrêt des Chambres réunies de la Cour suprême du 24 janvier 1860 (S., 60-1-122), tenant compte de décisions nombreuses de Cours d'appel, a été le point de départ de la jurisprudence actuelle qui nous semble plus juridique et qui, comme nous le disions tout à l'heure, est définitivement fixée (Cass., 30 juillet 1888; Gaz. du P., 88-2-313; Crépon, n^{os} 497 et suiv.).

Cette jurisprudence ne saurait être contestée en présence du principe de la divisibilité des dettes et des créances. Il y a autant de demandeurs que de créanciers ou de débiteurs, et le droit d'agir est limité contre chaque défendeur, pour la part qu'il doit supporter ou pour chaque demandeur pour la part qui doit lui revenir dans la créance totale. Il en est de même, alors que les divers demandeurs s'appuient sur un titre commun (Cass., 13 janvier 1885; S., 85-1-367). De même le jugement qui statue sur une demande formée par plusieurs co-héritiers en paiement d'une créance de la succession, si la part de chacun est inférieure à 1,500 fr., le principe de la divisibilité des créances conduit tout naturellement à ce résultat (Bordeaux, 17 mars 1891; D., 92-2-319). Ce principe s'applique également aux héritiers bénéficiaires, et est encore vrai alors que, sous forme d'exception, le défendeur

entende contester la validité du titre (Cass., 25 mai 1880; S. 82-1-357).

Il peut arriver qu'une même personne, agissant à la fois en deux qualités différentes, demande une somme supérieure à 1,500 fr., si chaque fraction de la somme réclamée est inférieure à 1,500 fr., le jugement sera en dernier ressort. C'est par exemple, une veuve qui demande au patron de son mari une somme de 2,000 fr., pour dommages-intérêts à elle causés par la mort du chef de famille, par suite d'un accident survenu en cours de travail, elle déclare agir comme veuve et comme tutrice de ses enfants et réclame 1,000 fr. pour elle et 1,000 fr. pour les mineurs. Ce jugement sera sans aucun doute rendu en dernier ressort.

Mais il faut pour cela que la demande soit bien déterminée (Cass., 9 août 1893; G. P., 93-2-379). Si, par exemple, les demandeurs déclarent que les parts qui leur reviendront dans la demande seront à déterminer par un compte à faire, il faudra considérer le total de la demande (Cass., 11 décembre 1867; S., 68-1-170). Il peut arriver que les héritiers du demandeur forment une demande contre les héritiers du défendeur, que ceux-ci répondent par une demande reconventionnelle. Sans anticiper sur des explications qui seront mieux à leur place plus tard, nous nous contentons de donner la solution de cette hypothèse : il faut examiner séparément les deux demandes; si les demandeurs ont requis condamnation contre les héritiers du défendeur pour une somme totale supérieure au taux du dernier ressort; mais si chaque demandeur doit recevoir une part inférieure à ce taux, le jugement sera en dernier ressort, à condition toutefois que la demande reconventionnelle, examinée comme nous venons de l'enseigner pour la demande principale ne donne à chaque défendeur une somme inférieure au taux du dernier ressort. Si de

ces deux examens il résulte que l'une des demandes est en premier ressort vis-à-vis de certaines parties, ces parties pourront interjeter appel du jugement (Pontarlier, 20 novembre 1890; G. P., 91-1-25). Enfin, la divisibilité doit se produire avant le jugement définitif. Expliquons-nous, si le demandeur (le cas serait le même pour le défendeur) vient à décéder après avoir introduit sa demande mais avant que le jugement, statuant sur le fond de la contestation, ne soit rendu, la reprise d'instance qui devra se produire aura pour effet de diviser la dette entre tous les co-héritiers, et l'on devra, dans ce cas, appliquer les règles ci-dessus. Mais, si au lendemain du jugement, le déboutant de son action, ce demandeur vient à mourir, l'appel sera recevable de la part de ses héritiers; ce droit étant né dans sa personne, ils le trouvent dans sa succession et, comme tel, leur est transmissible; ils peuvent donc l'exercer (Rennes, 7 avril 1883; S., 84-2-149).

Tout ce que nous venons d'exposer est vrai également pour le cas où un demandeur agit contre plusieurs défendeurs. les situations sont faciles à résoudre en appliquant « *mutatis mutandis* » les règles ci-dessus, nous ne saurions donc insister davantage (Voyez, au surplus, Crépon, n° 512). Lorsque plusieurs demandes sont portées devant un Tribunal et qu'elles présentent une certaine connexité entre elles, les parties peuvent demander et le Tribunal peut ordonner la jonction des instances et statuer sur toutes les demandes par un seul et même jugement. Nous pensons, dans ce cas, que les règles de la divisibilité des demandes sont applicables; la jonction d'instance est une simple mesure d'ordre intérieure, qui a pour but de simplifier la procédure, de réduire les frais et de hâter la solution du litige, elle ne saurait avoir aucun effet sur le fond du procès et ne peut en rien modifier le degré de juridiction. Si donc, deux demandes connexes sont jointes, que leur

total soit supérieur à 1,500 fr., mais que chacune d'elles soit inférieure à ce chiffre, le jugement sera rendu en dernier ressort.

A l'appui de notre théorie, nous citerons un arrêt de Grenoble du 27 janvier 1882 (G. P., 82-2-133), l'espèce recueillie prévoit deux indemnités distinctes réclamées à la Compagnie d'assurances l'*Union*, l'une de 1,157 fr. l'autre de 2,407. La Cour, bien que jonction des deux instances ait été ordonnée, a débouté l'*Union* de son appel sur la somme de 1,157 fr. Il est utile de remarquer qu'en appel le débat ne portait plus que sur cette dernière somme; mais la solution eût été la même si le litige eût roulé sur les deux demandes.

b) Solidarité. — Il nous faut distinguer entre la solidarité active et la solidarité passive. En matière de solidarité active c'est le montant de la demande qu'il faut considérer et non la part qui revient à chaque créancier. Quand un des créanciers solidaires agit seul, il faut considérer qu'il peut demander et que le débiteur doit lui payer la somme entière, il agit tout à la fois pour son propre compte et pour le compte de ses créanciers. Le Code a supposé comme un droit romain, une société existant entre tous les créanciers solidaires; celui qui agit seul représente toute la masse et représente tous les intérêts communs¹. Mais si tous les créanciers agissent ensemble, chacun ne peut demander que sa part et seulement cette part.

Il faut, en cette hypothèse, appliquer les principes de la division des créances, il y aurait double emploi puisque déjà un co-créancier a demandé ce qu'un autre co-créancier demande. On arriverait à créer une singulière situation au débiteur, car on le forcerait à payer autant de fois la dette qu'il a des créanciers².

1. Si le Code n'a pas, d'une manière expresse, consacré le principe, nous en trouvons du moins des applications dans ses art. 1198-2°, 1199-1365-2°.

2. Les principes qui guident à déterminer le taux du ressort conduisent à cette solution qui, au premier abord, peut paraître singulière.

Dans le cas de solidarité passive, le créancier pouvant demander à chaque débiteur le total de sa créance, qu'il agisse contre un seul ou qu'il agisse contre tous, c'est tout naturellement la demande qui fixe le taux du ressort. Notons, en passant, qu'il importerait peu que la solidarité réclamée par le demandeur n'aurait pas été accordée par le Tribunal, ou même que la demande n'ait aucune base légale, Bordeaux, 22 mars 1888 (G. P., 88-1-780).

c) *Indivisibilité*. — Si plusieurs créanciers demandent une chose indivisible, ou si une chose indivisible est réclamée à plusieurs individus, le taux du ressort se détermine par la demande. Laissant l'indivisibilité du côté des débiteurs, nous ferons simplement remarquer qu'il n'y a pas lieu de distinguer ici, comme en matière de solidarité active, si la chose est divisible par rapport aux créanciers; il suffit que l'indivisibilité existe de créanciers à débiteurs, pour que les créanciers puissent tous ensemble demander chacun la chose, sauf au Tribunal à ordonner qu'elle sera remise à l'un d'eux, qui fera la répartition aux autres demandeurs. C'est une distinction entre la solidarité, qui n'exclut pas l'idée de division, et l'indivisibilité. Prenons un exemple emprunté à la jurisprudence. Deux notaires réclament à un client les frais et honoraires pour contrat de mariage dressé par eux et présentent à l'appui de leur demande, la taxe de ces frais s'élevant si l'on veut à 2,000 fr., la moitié de cette somme revenant à chaque officier ministériel. La taxe est un titre indivisible qui n'indique pas ce qui pourra revenir à chaque notaire, et les deux pourront à la fois demander la totalité de la somme; réclameraient-ils eux-mêmes la division, que l'on devrait quand même considérer la demande entière pour la fixation du taux du ressort. (Cass. 21 mai 1889,

G. P., 89-2-17). Ce principe est vrai, du reste, quelle que soit la nature de l'indivisibilité de la dette, qu'elle soit *re et natura* ou qu'elle soit conventionnelle.

Demandes alternatives et facultatives.

La demande alternative prend sa source dans l'obligation alternative. La demande alternative est celle qui a pour but de réclamer deux choses au débiteur, sous cette réserve que le débiteur sera libéré en ne faisant droit qu'à l'une d'elles. C'est, par exemple, une femme mariée qui réclame à son père la délivrance d'une dot à elle constituée, et consistant en une somme de 50,000 fr., ou en terres d'égale valeur. Comment déterminera-t-on le taux du ressort. Cette obligation implique un choix; ce choix peut appartenir au créancier, aucune difficulté dans ce cas ne saurait être soulevée, le créancier par son choix, détermine de suite le taux de la demande. Supposons, dans notre espèce, que le choix appartienne au bénéficiaire de la dot, et qu'elle choisisse les 50,000 fr., nul doute, la demande est bien déterminée, si le choix est attribué au débiteur; nulle difficulté encore, s'il fait connaître son option; la question nous paraît plus délicate si le débiteur ne fait pas connaître ce qu'il entend délivrer; cependant dans notre espèce et dans les cas semblables où l'une des alternatives consiste dans une somme d'argent, nous pensons que l'on doit apprécier la demande en tenant compte de la valeur exprimée, car si le débiteur ne répond pas à la demande, on ne saurait le forcer à livrer les terres dans notre espèce, mais on pourra le contraindre à remettre les 50,000 fr. (Cass. 9 août 1893; D., 94-1-373)¹.

1. Nous citons ici un arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 mars 1884 (S., 84-1-423), cassant un arrêt de la Cour de Rennes du 26 juin 1882, et dont voici l'espèce : Une décision du jury d'expropriation, intervenue entre le Préfet d'Ille-et-Vilaine, représentant l'Etat, et un propriétaire, avait alloué à ce dernier, pour l'expropriation qu'il avait subie par l'établissement de la

La demande est facultative, lorsque le demandeur réclame une chose, mais permet au défendeur de se libérer en effectuant une autre prestation, les testaments fournissent une source abondante d'obligations facultatives. Un testateur impose à son héritier de délivrer à un légataire tel immeuble qu'il désigne, cependant, il permet à son héritier de se libérer envers ce légataire, en versant une somme de 50,000 fr. on en trouve aussi une application courante dans les demandes en justice, réclamant, par exemple, l'exécution d'un contrat ou si, dans tel délai, cette exécution n'a pas lieu, le défendeur devra être condamné à une indemnité envers le demandeur. Nous pensons que le degré de juridiction doit être déterminé par la chose en obligation, c'est, en effet, le principal; la chose « *in facultate solutionis* » n'en est que l'accessoire. Il n'y aura donc qu'à appliquer les règles générales ci-devant exposées (Crépon, n^{os} 394 et suiv.; 400 et suiv.).

ligne de Châteaubriant à Rennes, une certaine somme, ou, s'il aimait mieux l'avait, alternativement et à son choix, autorisé à exiger de l'expropriant certains travaux. Le Préfet fut assigné devant le Tribunal civil de Rennes pour se voir impartir un délai pour l'exécution desdits travaux. Au cours de l'instance, il fut pris par le demandeur des conclusions aux termes desquelles il laissait au défendeur la faculté de s'affranchir de l'établissement des travaux moyennant le paiement d'une somme de 350 fr. Le Tribunal fit droit à la demande et le Préfet interjeta appel. La Cour déclara d'office l'appel⁹ non recevable, attendu, dit l'arrêt, que la demande n'excède pas le taux du dernier ressort.

Pourvoi en cassation. La Chambre civile a cassé l'arrêt de la Cour de Rennes, attendu que cette demande, qui impliquait la question de l'étendue d'une servitude (il s'agissait, dans l'espèce, de l'établissement d'un passage à niveau), était indéterminée, et ne pouvait, dès lors, être jugée par le Tribunal qu'à charge d'appel. Peu importe, disait la Cour suprême, que le demandeur ait conclu à ce que l'État fût condamné à exécuter les travaux si mieux il n'aimait payer la somme de 350 fr. La demande principale en exécution des travaux n'en a pas moins continué de subsister. Le caractère de cette demande n'a pas changé par l'option laissée au défendeur.

Cette théorie, contraire à celle émise au texte, a été depuis combattue par la Chambre des Requêtes (arrêt du 9 août 1893). La Cour de Douai ayant à juger une espèce présentant la plus grande analogie avec celle qui avait fait l'objet du pourvoi dont nous venons de nous occuper, s'est prononcée dans le sens de la Cour de Rennes (Douai, 1^{er} février 1894; G. P., 94-1-355).

DEUXIÈME POINT

Matières immobilières. — Beaucoup de questions que nous avons étudiées sous les demandes mobilières se retrouvent ici; aussi passerons-nous rapidement, nous ne ferons simplement connaître que les particularités qui sont propres aux matières immobilières.

La loi du 11 avril 1838, art. 1^{er}, s'exprime ainsi quant aux matières immobilières : les tribunaux civils connaîtront en dernier ressort des actions immobilières jusqu'à 60 fr. de revenus, déterminés soit en rente, soit par prix du bail. L'art. 5 du tit. IV de la loi du 24 août 1790 ne fixait la limite qu'à 50 fr.¹

Du moment que l'on a recours à un contrat pour reconnaître si telle affaire est susceptible d'appel, une question se pose immédiatement de savoir si le contrat de bail ou de rente doit nécessairement être intervenu entre les parties litigantes, ou si le taux du ressort sera déterminé par le revenu constaté, conformément à l'art. 1^{er} de la loi de 1838, quelles que soient les parties contractantes, nous nous expliquons : supposons un vendeur d'un immeuble, qui demande la résolution de la vente faute de paiement du prix, l'acquéreur a loué cet immeuble, supposons-le, 59 fr., la demande sera-t-elle en premier ou en dernier ressort? Primus revendique un immeuble contre le possesseur, Secundus; le revenu de cet immeuble étant de 50 fr., les premiers juges saisis statueront-ils à charge d'appel? Nous pensons que le contrat qui détermine le taux du ressort doit être intervenu entre les parties; il ne peut produire vis-à-vis des tiers aucun effet, c'est comme le dit l'art. 1465 du Code civil, « *res inter alios acta* »; on

1. Il s'agit du revenu brut et non du revenu net, c'est-à-dire débarrassé des impôts et autres charges (Ravenel, thèse de doctorat, p. 17).

ne saurait donc lui faire produire effet pour déterminer le degré de juridiction, vis-à-vis d'une personne qui lui est étrangère. Dans nos deux espèces choisies, les juges statueront à charge d'appel (*contra*, Ravenel, p. 19). Il est certain, comme le constate M. Bonfils, n° 1355, que rarement les demandes immobilières seront jugées en dernier ressort, nous lui empruntons un des exemples qu'il cite, pour montrer que cependant il existe des cas où l'appel n'est pas possible, par exemple : c'est un propriétaire qui revendique un immeuble donné à bail contre un fermier qui prétend avoir interverti sa possession (art. 2239, C. civ.). Hors ces cas, quelle que soit la valeur de l'immeuble, le revenu fût-il nul, il y aura toujours lieu à appel. Le revenu doit être déterminé par bail ou par rente, nulle autre évaluation ne saurait être admise et contrairement à ce qui se passe en matière mobilière, le demandeur n'est pas maître du taux du ressort, et son appréciation ne suffit pas pour déterminer si l'appel est possible ou non, la loi ici a pris soin d'indiquer une règle, il faut la suivre (Riom, 4 juillet 1857, S., 58-2-103). Il est un cas cependant où l'évaluation du demandeur peut exercer quelque influence, c'est celui où le défendeur a accepté l'évaluation faite par le demandeur, il y a là un contrat judiciaire que les juges doivent respecter (Nancy, 16 novembre 1888; S., 89-2-289¹).

Nous ajouterons enfin que le contrat régulateur du degré de juridiction doit exister au moment même de la demande en justice. Il est facile de voir à présent qu'en matière immobilière l'appel est toujours possible; s'agirait-il d'un morceau de terre valant 10 fr., le deuxième degré de juridiction est ouvert. Quoique nous soyons partisan de la nécessité d'une voie de recours, nous hésitions à conseiller l'appel dans des

1. Cette solution est cependant fort contestable, même mauvaise.

procès roulant quelquefois sur quelques centimètres carrés, représentant souvent la somme de 1 fr. et 1 fr. 50. Nous ne croyons, en effet, que l'appel puisse être d'une utilité quelconque ; la valeur en litige est trop minime, les frais, même pour la partie victorieuse, seront de beaucoup supérieurs au petit morceau de terre ou au petit ruisseau objets du procès. Il y aurait nécessité à réformer et à changer le point déterminateur du ressort : c'est une œuvre de législation. En étudiant, à la fin de notre travail, les réformes proposées au Code de procédure, nous constaterons que, sur ce point, le législateur s'est efforcé de donner satisfaction aux critiques que nous venons d'énumérer.

Le prix du bail peut exister partie en argent, partie en redevance, en tant de sacs de blés par exemple. Nous avons, au sujet des matières personnelles ou mobilières, fait connaître notre opinion quand la valeur de la demande consistait en denrées, nous avons rangé ce cas parmi les demandes déterminées. En est-il de même dans le cas d'une demande immobilière ? Nous ne le pensons pas, ce qui nous a fait soutenir notre opinion contraire à la jurisprudence, c'est que nous croyons que l'on peut facilement déterminer, au jour de la demande, la valeur de la redevance. Mais à la différence des matières personnelles ou mobilières où le taux du ressort est bien défini, en matière immobilière, il n'en est plus de même, car cette redevance se produit, se répète chaque année. Les cours du blé dans notre espèce auront certainement varié d'une année à l'autre et c'est cette variation annuelle qui empêche de fixer la valeur de la demande. Nous sommes donc d'avis qu'une telle évaluation ne sera pas possible et qu'une demande reposant sur un immeuble dont le revenu est ainsi établi sera indéterminée.

En matière commerciale, les actions sont personnelles ou

mobilières; aussi l'art. 632, 1^o, statuant de « *eo quod plerumque fit* » ne parle-t-il que des denrées ou marchandises. C'est une question vivement controversée et résolue à l'aide de distinctions que celle de savoir si les immeubles peuvent faire l'objet d'une transaction commerciale¹. Si l'on admet l'affirmation comme la jurisprudence semble le décider pour les sociétés qui achètent des terrains et les revendent après y avoir élevé des constructions, il y aura, devant le Tribunal de commerce, des actions immobilières; en l'absence d'un texte formel, il y aura lieu, dans ce cas, d'appliquer, par analogie, l'art. 1^{er} de la loi du 11 avril 1838.

TROISIÈME POINT.

Demandes mixtes. — Certaines demandes présentent tout à la fois une idée de droit de créance et une idée d'un droit réel, d'où le nom d'actions mixtes. Telles sont les actions en rescission ou en nullité des contrats synallagmatiques (art. 1184, C. civ.); la vente, par exemple, et les actions en délivrance d'un corps certain (art. 1138, C. civ.), les actions divisoires. Ces actions produisant un double effet, deux modes d'évaluation pouvaient se produire : on pouvait, en effet, considérer cumulativement les deux demandes, les additionner et en déduire ensuite si l'appel est possible ou non. Ce système n'est pas généralement suivi; on peut, au contraire, considérer séparément chaque demande et si chacune d'elles est inférieure au taux du premier ressort, l'appel ne sera pas

1. Dans le sens de l'affirmative (Aix, 23 juillet 1881; S., 83-2-35; Paris, 10 juillet 1873; S., 73-2-268; *contra*, Trib. civ. d'Annecy, 24 juillet 1886; G. P., 87-1, sup., 74), la question est résolue à l'aide d'une distinction (Cass., 3 février 1869; S., 69-1-217; Bourges, 19 mars 1831; S., 32-2-33).

En doctrine (voyez Lyon-Caen et Renault, I, n^{os} 73, 74, 104 *in fine*, Pont, Sociétés, I, n^o 106, Demangeat sur Bravard; C. pr. 324-328; Ruben de Couder, v. Act. de com., 91).

possible ; si, au contraire, l'une des évaluations est supérieure au premier degré de juridiction, l'appel sera possible. Ainsi serait en premier ressort le jugement qui statuerait sur une demande en résolution d'une vente d'immeubles dont le revenu est indéterminé, mais dont le prix, faisant l'objet du contrat, est inférieur à 1,500 fr., les deux évaluations tendent uniquement vers ce même objet : l'immeuble. Dans le système invoqué, on est amené à considérer en quelque sorte deux demandes : le paiement du prix de la résolution de vente, tandis qu'il n'y a qu'une seule demande qui éveille l'idée d'un droit réel, l'idée d'un droit personnel, idées qui sont indivisibles, qui ne sauraient être conçues l'une sans l'autre et qui ne peuvent marcher que l'une avec l'autre ; voyez, au surplus, Crépon, n^{os} 376 et suiv., qui cite diverses applications pratiques.

DEUXIÈME QUESTION

Demandes indéterminées. — On pourrait dire que toute demande qui n'est pas déterminée est forcément indéterminée. Nous allons pouvoir, des explications qui précèdent, déduire maintenant quelles demandes ont un caractère déterminé, quelles demandes sont indéterminées. Au risque d'être taxé de nous répéter, nous résumerons en quelques mots seulement nos précédentes explications et nous aurons par là, implicitement résolu la question que nous nous posons à présent.

En matière mobilière, c'est au demandeur, et au demandeur seul, qu'il appartient de fixer le taux du ressort ; seront donc indéterminées, toutes les demandes qui ne contiendront aucune évaluation (Dijon, 10 août 1893 ; G. P., 93-2-367).

Pour les demandes immobilières, nous savons quand et comment se détermine la possibilité de l'appel ; sera donc

indéterminée la demande en revendication d'un immeuble, dont le revenu n'aura pas été déterminé, ou ne pourra l'être, suivant les modes indiqués par la loi de 1838. Nous renvoyons à l'ouvrage de M. Crépon, pour les diverses espèces jugées par la jurisprudence (Crépon, n° 211 et suiv.). Il y a cependant certaines demandes qui sont indéterminées de leur nature, telles sont les questions qui intéressent l'état des personnes; aucune valeur pécuniaire ne saurait être donnée à ces sortes de demandes. Elles sont donc toujours jugées en premier ressort; telles sont les demandes en rectification des actes de l'état civil, les demandes touchant la paternité et la filiation, les demandes en nullité de mariage, en divorce, en interdiction, etc. D'autres demandes, tout en ayant pour objet des valeurs pécuniaires, portent en même temps sur une universalité de droits qu'il n'est pas possible d'apprécier, et, par suite, rendent la demande indéterminée. Nous citerons les demandes d'envoi, en possession des biens d'un absent, les demandes en partage de communauté ou de succession, les pétitions d'hérédité, etc.

TROISIÈME QUESTION

Demandes reconventionnelles. — La demande reconventionnelle est une action intentée par le défendeur en réponse à l'action intentée contre lui par le demandeur. Le défendeur attaque ainsi, il ne fait pas seulement que se défendre : opposant une fin de non-recevoir à la demande principale ou une nullité de procédure, il va plus loin, il requiert à son tour condamnation. Il se porte, en un mot, demandeur. Ceci posé, et sans qu'il ne nous paraisse pas utile d'entrer plus avant dans l'étude des demandes reconventionnelles, voyons quelle influence une demande reconventionnelle exerce sur le

taux du ressort. Cette question est résolue par l'art. 2 de la loi du 11 avril 1838, qui porte que, lorsqu'une demande reconventionnelle, ou en compensation, aura été formée dans les limites de la compétence des tribunaux de première instance, en dernier ressort, il sera statué sur le tout sans qu'il y ait lieu à appel, mais, si l'une des demandes excède le taux du dernier ressort, il sera statué sur le tout à charge d'appel. On ne devra pas cependant tenir compte, pour la fixation du ressort, d'une demande en dommages-intérêts, exclusivement basée sur la demande principale; l'art. 639 du Code de commerce pose le même principe. Nous reviendrons, d'ailleurs, tout à l'heure, sur une différence de rédaction qui existe entre ces deux textes. En droit romain, les « *mutuæ petitiones* » étaient possibles, mais le défendeur demandait une formule d'action qu'il opposait à son demandeur, le même juge était désigné dans les deux formules et le magistrat pouvait statuer sur les deux demandes, par un seul et même jugement; mais ceci est à noter, chaque demande était exercée distinctement, quoique, en définitive, elle pouvaient se compenser¹, pour que la « *mutua petitio* » et la demande principale puissent être instruites devant le même juge. Il devait y avoir connexité entre les deux demandes, pour que la compensation pût avoir lieu, il fallait que les deux dettes fussent certaines et liquides (L. 14, C. *De compensationibus*, IV-31; Inst., IV-6, § 30).

Sous Justinien, il n'est plus nécessaire, pour que la « *mutua petitio* » existe, qu'il y ait connexité entre la demande principale et la demande reconventionnelle; mais les mêmes

1. Ce principe sert à expliquer pourquoi l'appel incident, qui n'est en somme qu'une demande reconventionnelle devant le second degré, fut impossible sous le système formulaire; il fallait obtenir autant de formules que de demandes, et par suite l'appel incident ne pouvait nullement se supposer.

conditions pour que la compensation soit possible, existent toujours; du moins en fut-il ainsi depuis une constitution de l'an 530 (nov., 96; cap. 2).

Dans notre ancien droit canonique, on s'était montré très large pour l'admission des demandes reconventionnelles et une telle demande était reçue, qu'elle fût ou non connexe à la demande principale. Les coutumes admirent également ces sortes de demandes, nous en trouvons la preuve dans l'art. 106 de la coutume de Paris de 1580. « Reconvention, dit cet article, n'a lieu en cours de justice, si elle ne dépend de l'action et que la demande en reconvention soit la défense contre l'action premièrement intentée. » Le Code de procédure ne parle pas des demandes reconventionnelles, et si la loi du 11 avril 1838 et l'art. 639 du Code de commerce s'en occupent, c'est au seul point de vue de la supputation du ressort; c'est la seule question que nous étudierons. Avant cette loi de 1838, on n'était pas d'accord sur le point de savoir quel parti on devait prendre, vis-à-vis des demandes reconventionnelles. Deux systèmes étaient en présence.

D'après une première opinion, la demande reconventionnelle n'entrait nullement en ligne de compte, c'était la demande principale seule que l'on considérait : ainsi, dans ce système, quelle que fût la demande reconventionnelle, si la demande principale était inférieure au taux du premier ressort, le Tribunal jugeait toujours sans appel, on finit par faire admettre un deuxième système. On additionna les deux demandes principale et reconventionnelle : si le total excédait le taux du premier ressort, le litige devenait susceptible d'appel. La loi du 11 avril 1838 et l'art. 639 du Code de commerce ont admis un troisième système, et l'art. 639 prend la peine de dire qu'il rejette le deuxième système que nous venons d'exposer; il faut aujourd'hui considérer sépa-

rément chaque demande et si l'une d'elles dépasse le taux du premier ressort, le tout sera jugé à charge d'appel, telle est l'économie de ces textes qu'il faut maintenant étudier. Il ne faut pas que, sous couleur de demande reconventionnelle, le défendeur se borne à opposer un simple moyen de défense, dans ce cas, les tribunaux doivent démasquer la ruse et ne déterminer le degré de juridiction, qu'en ne tenant compte que de la demande principale (Cass., 7 août 1893; D., 94^e 1-373).

Nous ne parlerons que de la loi de 1838 : nos explications s'appliqueront par cela même à l'art. 639. Le demandeur n'est plus le maître absolu de la fixation du ressort, le défendeur peut contrebalancer ce pouvoir en formant une demande reconventionnelle qui ne puisse être jugée qu'à charge d'appel. La loi dit les demandes reconventionnelles ou en compensation, la loi semble assimiler les demandes reconventionnelles à la compensation; c'est un tort, la compensation telle que l'on doit la concevoir est plutôt une défense.

Supposons que Primus réclame à Secundus une somme de 6,000 fr., Secundus oppose pour 3,000 fr., la compensation à Primus, parce que lui, Secundus, est devenu héritier de Tertius. Créancier de pareille somme de Primus, il y a ici application de l'art. 1290 du Code civil. Les dettes, remplissant les conditions de l'art. 1291, s'éteignent « *ipso jure* » jusqu'à due concurrence; la situation inverse peut se produire : Primus réclame à Secundus une somme de 3,000 fr., qui, à son tour, lui oppose une demande dont le quantum est de 6,000 fr.; il y aura non compensation dans le sens que nous lui donnons actuellement, mais plutôt demande reconventionnelle, Secundus réclamera condamnation pour 3,000 fr. D'après notre système, la compensation n'influera jamais sur le ressort, puisqu'elle devra être inférieure ou tout

au moins égale à la demande principale. Cela ne veut pas cependant dire que les demandes en compensation, si la demande principale n'est pas susceptible d'appel, seront toujours une quantité négligeable, et, dans certains cas, elles peuvent rendre la cause susceptible des deux degrés de juridiction; nous en prenons un exemple dans la jurisprudence : lorsqu'une demande en compensation est opposée à une demande principale (nous supposons les deux demandes inférieures à 1,500 fr.). Si, pour repousser cette exception, le demandeur oppose la nullité de toute la procédure d'où résulte cette créance, remet tout ce qui avait été jugé en question, et soumet à nouveau le litige à un tribunal, sans se contenter d'opposer cette nullité seulement sur le chef relatif à la condamnation qui donnerait naissance à la compensation, le jugement rendu ne le sera qu'à charge d'appel (voyez Cass., 15 décembre 1885; S., 86-1-468). Il s'agissait, dans l'espèce, d'une sentence arbitrale rendue sur divers chefs de contestations; le défendeur opposait au demandeur la compensation, en s'appuyant sur un chef de cette sentence qui le rendait créancier du demandeur. Le demandeur, pour repousser cette demande, conclut d'une manière générale à la nullité de la sentence arbitrale tout entière; dans ce cas, le Tribunal se trouvait saisi d'un litige excédant le taux du dernier ressort. La somme opposée en compensation, s'ajoutant forcément au total des autres chefs pour déterminer le ressort, le demandeur ne pouvant opposer une demande reconventionnelle à une précédente demande reconventionnelle. D'après l'art. 2 de notre loi, il faut faire une distinction entre les demandes reconventionnelles proprement dites et les demandes en dommages-intérêts. Nous savons quelles règles suivre pour fixer le taux du ressort : si l'une des deux demandes principale ou reconventionnelle excède

le taux du dernier ressort, supposons, par exemple, que Primus ait vendu à Secundus un immeuble valant 10,000 fr., payable à certaines époques déterminées et dont les intérêts du prix seront payables à raison de 5 % l'an, jusqu'à parfait paiement. La première année, Primus actionne Secundus en paiement de 500 fr. pour intérêts; Secundus oppose à Primus la nullité de la vente et demande cette nullité reconventionnellement, en prétendant que son consentement a été vicié. Le litige ne pourra être jugé qu'à charge d'appel (voyez Crépon, n° 541).

Si la demande reconventionnelle constitue une demande en dommages-intérêts exclusivement fondée sur le préjudice que peut causer la demande principale, cette demande n'entrera nullement en ligne de compte pour la supputation du taux du ressort. C'est la consécration législative de la théorie de la Cour de cassation, depuis la loi de 1790. Vous lancez contre moi une assignation contenant des imputations diffamatoires et calomnieuses, je vous demande de ce fait 2,000 fr. de dommages-intérêts, le Tribunal ne statuera à charge d'appel, qu'autant que la demande principale sera elle-même susceptible d'appel. La théorie serait la même si c'était par suite d'écrits calomnieux déposés au cours des débats, il y a là demande de dommages-intérêts, reposant sur des faits postérieurs à l'instance ¹. Le but du législateur a été de penser avec raison, selon nous, que ces sortes de demandes sont peu sérieuses, leur but principal étant souvent, sinon toujours, de ménager la voie de l'appel; il devait déjouer de pareils stratagèmes. Mais cette règle doit cependant s'interpréter sagement et dans les limites fixées par le législateur lui-même. D'après notre texte, cette excep-

1. Voyez la note sous le paragraphe des demandes accessoires.

tion ne s'applique qu'au défendeur. Nous nous expliquons : si, à une demande principale, le défendeur répond par une demande reconventionnelle qui puisse paraître injurieuse au demandeur et que celui-ci forme une demande en dommages-intérêts, notre art. 2 ne sera plus applicable. Les travaux préparatoires de la loi de 1838 viennent fortifier cette opinion ; la première rédaction de l'art. 2 avait spécialement en vue les dommages-intérêts *réclamés par le défendeur*, mais ces derniers mots furent supprimés sur l'observation que le défendeur seul pouvait former une réclamation en dommages-intérêts : si donc, le demandeur ajoute, en cours d'instance, une demande en dommages-intérêts à la demande principale, il ne fait en somme qu'user de son droit, en rendant susceptible d'appel une cause qui ne l'était pas à son origine. Peu importe, d'ailleurs, que cette demande en dommages-intérêts soit ridicule et dérisoire (Bordeaux, 1^{er} mars 1861 ; S., 61-2-513) ¹.

Cette question est cependant controversée, et certains arrêts admettent que les juges peuvent apprécier souverainement si la demande en dommages-intérêts est sérieuse ou non. Dans le premier cas, on l'admet pour fixer le taux du ressort ; dans le deuxième cas, on la rejette (Nancy, 27 janvier 1875 ; S., 75-2-290). Nous repoussons énergiquement ce système qui consiste à rendre le juge maître de l'appel.

Enfin, un troisième système assimile le demandeur au défendeur (Caen, 5 février, 26 mars et 25 janvier 1867, 10 août 1868 ; D., 69-2-28, et la note de M. Tiercelin).

La Cour de cassation, dans le dernier arrêt sur la question que nous connaissons, s'est prononcée dans le sens du premier système (Cass., civ., 7 juillet 1890 ; G. P., 90-2-196). De

1. Voyez cependant un arrêt de la Cour de Metz du 18 mai 1855 (S., 55-2-349).

nombreux arrêts de Cour d'appel se prononcent également en ce sens : nous en citerons deux récents (Grenoble, 16 juillet 1887 ; Rec. de cette Cour, 87-1-256 ; Lyon, 5 mars 1891).

La demande en dommages-intérêts doit être basée exclusivement sur la demande principale ; il en est de même si la demande reconventionnelle n'est que la suite, la conséquence de la demande principale. Nous empruntons un exemple à la 7^e Chambre de la Cour d'appel de Paris. Un sieur Legris, agent d'affaires, avait formé contre une dame Maubon une demande en 1,400 fr., pour honoraires ; celle-ci demande reconventionnellement la restitution de toutes les pièces et titres lui appartenant. Legris interjeta appel du jugement le déboutant de sa demande ; la Cour a rendu, en ce qui touche la remise des pièces, l'arrêt suivant : « Considérant que la » demande en remise de pièces est la conséquence nécessaire » et directe de la demande principale ; qu'elle n'en est que » l'accessoire et ne saurait donner à l'instance un caractère » particulier au point de vue de la recevabilité de l'appel... » Il est donc facile de comprendre ce que veut dire le mot « exclusivement. »

- La demande reconventionnelle en dommages-intérêts doit trouver son origine dans la demande principale ; elle doit en être la suite : elle doit être liée à tel point qu'elle ne saurait se comprendre sans elle ni lui survivre. Mais, du moment que les dommages-intérêts reposent sur des faits antérieurs à cette demande, si cette dernière est supérieure à 1,500 fr., le litige devient susceptible d'appel. Supposons, par exemple, que Primus assigne Secundus en payement d'un effet de 1,200 fr., Secundus forme une demande reconventionnelle en 2,000 fr. de dommages-intérêts, en se basant tant sur la demande principale que sur des allégations mensongères tenues par Primus, tendant à le discréditer. Les faits sur lesquels on

base la demande reconventionnelle peuvent être postérieurs à la demande principale, mais il faut qu'ils s'en détachent bien nettement; les allégations mensongères dont nous parlions tout à l'heure ont pu être tenues postérieurement à l'ajournement, elles peuvent donner naissance à une action spéciale, et, par suite, à une demande reconventionnelle en dommages-intérêts qui peut rendre le litige susceptible d'appel (voy. Dijon, 25 février 1891; G. P., 91-2-69). Si la demande en dommages-intérêts n'est pas appuyée de motifs spéciaux, elle est considérée comme exclusivement basée sur la demande principale. C'est donc avec le plus grand soin qu'il faut s'occuper des motifs, soit de l'assignation, soit des dernières conclusions; l'on en comprend à présent tout l'intérêt. L'appel qui est dans les vues du défendeur peut se heurter à une fin de non-recevoir dont les conséquences peuvent être des plus graves. Il ne suffit pas de motiver longuement; il faut bien démontrer que la demande reconventionnelle prend sa source dans des faits distincts de la demande principale.

Nous nous sommes toujours fait le défenseur de ce principe, à savoir que le juge ne doit pas être le maître de fixer le taux du ressort. Aussi repoussons-nous un arrêt de Besançon du 8 mars 1893 (D., 94-2-368) qui permet au juge, dans le cas où le défendeur n'a pas donné de causes suffisamment claires et précises à une demande reconventionnelle en dommages-intérêts, d'apprécier, pour la détermination du taux du premier et du dernier ressort, si ces dommages-intérêts reposent ou non exclusivement sur la demande principale.

QUATRIÈME QUESTION

Applications diverses. — Sous cette rubrique, nous allons passer en revue les matières les plus pratiques et nous

essaierons de démontrer comment, dans chacune d'elles en particulier, on arrive à déterminer le taux du ressort. Nous allons peut-être faire œuvre de jurisprudence; nous pensons cependant, pour être complet, devoir dire quelques mots sur certaines matières spéciales.

Assurances en général. — Quel que soit le genre de contrat d'assurances que l'on prenne, que ce soit une police d'assurances sur la vie ou contre les accidents, ou contre l'incendie, nous nous trouvons en présence d'une difficulté qui surgit immédiatement : à quelle somme va-t-on s'attacher pour déterminer le taux du ressort? sera-ce au capital assuré, sera-ce, au contraire, au total des primes qui restent à payer jusqu'à la fin du contrat. Il est, tout d'abord, une question qui ne saurait faire aucune difficulté, c'est la simple demande en paiement de primes; si le défendeur reconnaît les devoir, pas de difficultés. Mais, à une demande en paiement de primes, le défendeur répond qu'il ne doit rien parce que sa police est résiliée, ou parce que sa police est expirée, on peut supposer que le défendeur est assuré à une compagnie dont la police renferme une clause relative à la tacite reconduction. Le défendeur a ignoré, comme cela arrive souvent, cette clause, et il refuse de payer. Comment, encore une fois, déterminer le taux du ressort? La jurisprudence a varié sur cette question, tandis qu'un arrêt d'Angers du 22 décembre 1864 (S., 65-2-175) décidait que l'on devait s'attacher exclusivement à l'importance du capital assuré et que la Cour de Paris adoptait cette jurisprudence (Paris, 16 mars 1882; S., 83-2-89) (deuxième espèce). La 4^e Chambre de cette Cour décidait, en effet, que la demande en paiement d'une annuité d'assurance, quand la question s'élève de savoir si le contrat d'assurance a pris fin ou s'il doit encore

continuer, est susceptible d'appel. La Cour de cassation condamnait par avance cette théorie en jugeant qu'il faut considérer le montant des primes restant à courir et non le capital assuré (Cass., 18 novembre 1863; S., 64-1-133). La Cour de Lyon s'est cependant prononcée, le 21 novembre 1889, dans le sens de la Cour de Paris, et elle a maintenu sa jurisprudence par un nouvel arrêt du 18 octobre 1890. Nous croyons que la théorie émise par la Cour suprême est la seule soutenable. La question qui se pose, dit, en effet, M. Crépon (n° 691), n'est pas celle de savoir si, en cas de sinistre, le capital devra être payé, mais celle de savoir si l'assuré doit continuer à payer les primes jusqu'à l'expiration de la police ¹. Mais il est une catégorie d'assurances où la demande en paiement de primes sera toujours indéterminée; nous voulons parler des assurances mutuelles. Les primes, dans ces sociétés, sont essentiellement variables, et s'il s'agit de forcer un associé à rester dans la société pendant un certain nombre d'années, le litige est forcément d'une valeur indéterminée (Cass., 27 novembre 1888; G. P., 89-1-172).

Baux. — Que faut-il décider, si à une demande de paiement de fermage, le défendeur répond par une demande en résiliation, basée, par exemple, sur ce que le bailleur ne remplit pas ses obligations. La question, ainsi posée, a donné naissance à des arrêts de solutions différentes; suivant nous, cependant, la question ne fait pas de difficultés; demander la résiliation d'un bail : que cette demande provienne du bailleur ou du preneur, c'est arriver à décharger le preneur de ses obligations. Les obligations du preneur sont multiples;

1. La Cour de cassation, depuis l'arrêt de 1863, s'est prononcée une fois sur cette question, le 10 décembre 1888 (G. P., 89-1-87), et elle a maintenu sa jurisprudence antérieure.

il doit jouir des biens loués en bon père de famille, il doit garnir les lieux de meubles suffisants, il doit les entretenir en bon état de réparations locatives; enfin, il répond de l'incendie, toutes ces obligations sont indéterminées, la demande qui aura pour but de l'exonérer sera forcément indéterminée (Crépon, n^{os} 671 et suiv.). Nous ne saurions donc approuver un arrêt récent de la 2^e Chambre civile de notre Cour, du 30 décembre 1892 (Rec. de Rennes, 93-97) qui ne semble s'attacher qu'à une seule obligation, celle de payer le prix. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une demande inférieure à 1,500 fr.; le preneur avait demandé en première instance résiliation immédiate de son bail et, conséquence forcée, à être déchargée d'une année de loyer s'élevant à 170 fr. La Cour a déclaré l'appel non recevable, attendu, dit-elle, que l'on ne peut considérer comme objet du litige, les obligations générales qui, en dehors du paiement des loyers, existent entre tous bailleurs et preneurs. Ces obligations étant éventuelles et ne donnant lieu, dans l'espèce, à aucune contestation, cet arrêt est, il est vrai, conforme à une jurisprudence assez considérable; le lecteur pourra consulter (Dijon, 22 mars 1880; S., 81-2-27; Besançon, 8 décembre 1862; S., 63-2-30; Cass., 5 décembre 1871; S., 71-1-211).

Distribution par contribution. — En matière de distribution par contribution, c'est la somme qui fait l'objet de la contestation et non la somme à distribuer ni le taux de la créance du contestant, qu'il faut considérer. Ce système est aujourd'hui universellement admis. Ce n'est pas, en effet, sur la somme à distribuer que s'élève la difficulté, mais bien sur le montant de la somme qu'il faut attribuer au contestant; il s'agit, en effet, de savoir si les répartitions sont exactes. On pourrait se demander pourquoi on n'applique pas, en cette

matière, la règle générale, qui veut que ce soit la demande, c'est-à-dire la somme due au créancier par le débiteur, sur lequel on a ouvert une distribution par contribution, qui fixe le taux du ressort, et l'on pourrait soutenir avec raison que c'est au « *quantum petitur* » et non au « *quantum debetur*, » qu'il faut s'attacher. Ce système avait même autrefois été soutenu, surtout en matière d'ordre. Nous répondrons qu'ici le créancier n'agit pas contre son débiteur directement; s'il est au procès, c'est pour débattre les créances, mais jamais de condamnation ne sera prononcée contre lui; c'est entre créanciers qu'il s'agit de discuter; si l'un conteste la légitimité de l'autre, c'est pour obtenir la collocation qui lui serait attribuée. C'est donc elle seule qui est en jeu. C'est elle seule qui doit déterminer le taux du ressort (Chauveau, suppl., question 2192; Nancy, 24 novembre 1888; S., 90-2-6). Si plusieurs sommes étaient contestées et que, prises individuellement, elles fussent toutes inférieures à 1,500 fr., si, réunies, elles dépassent ce chiffre, le jugement intervenu sur toutes ces contestations sera susceptible d'appel (Rivoire, n° 36).

Nous croyons, au contraire, qu'il y a là autant de collocations distinctes, et, par suite, autant de procès séparés. Mais si la contestation porte sur une créance inférieure à 1,500 fr., et si le principe même de la distribution par contribution est attaqué, en poursuivant, par exemple, la nullité de la vente d'un immeuble hypothéqué au créancier contesté, il y a là une demande indéterminée, par suite, sujette à appel (Bordeaux, 30 janvier 1890; S., 91-2-245). Ce système ne nous paraît pas à l'abri de toute critique, on arriverait à permettre l'appel lorsque la somme à distribuer serait très minime; nous pensons, au contraire, que l'on doit encore, dans ce cas, considérer la somme contestée et vérifier si elle est supé-

ricure ou inférieure à 1,500 fr. La contestation peut porter, non sur la créance elle-même, mais bien sur son rang; nous croyons que cette demande est déterminée. C'est alors la créance du créancier contesté qui doit être envisagée pour déterminer le degré de juridiction. N'est-ce pas sur le montant de cette créance que l'on discute, n'est-ce pas cette somme entière qui est, en définitive, l'objet du débat. La jurisprudence hésite encore sur cette question (Nancy, 3 février 1891; D., 92-2-161; Rivoire, p. 37; D., v. degré de juridiction, supp., n° 114). Il est un cas où la somme à distribuer pourrait se confondre avec la somme contestée, c'est l'hypothèse qui consisterait à attribuer à un seul créancier la somme entière en distribution. Il résulte de ces courtes observations que, si on admettait, comme certains arrêts (Bordeaux, 6 décembre 1843, S., 45-2-27), que c'est à la somme en distribution que l'on doit s'en rapporter, une créance de 20,000 fr., par exemple, serait contestée en dernier ressort, si la somme à distribuer ne dépassait pas 1,500 fr.; nous terminons par là, pour montrer combien avec raison on a abandonné ce système.

Exceptions. — Incidents. — En vertu des principes que le juge de l'action est le juge de l'exception, il s'en suit que lorsque la demande principale est inférieure à 1,500 fr., le jugement est en dernier ressort sur le principal et sur l'exception. En un mot, l'exception n'influe en rien sur la demande principale. Ainsi, Primus réclame une somme de 1,200 fr. à Secundus; celui-ci oppose la nullité du titre sur lequel se fonde Primus; le jugement sera en dernier ressort si l'exception soulève une question d'une valeur indéterminée ou, tout au moins, supérieure à 1,500 fr., la règle est la même (Cass., 25 mars 1879; S., 79-1-268). En ce qui

concerne les exceptions, en matière de procédure, nous dirons quelques mots des exceptions de compétence. L'art. 454 pose un principe bien connu, que, en matière de compétence, il y a toujours lieu à appel. Nous devons ici dire quelques mots de cette exception. Il n'entre pas dans notre pensée d'étudier quand et comment doit se proposer l'exception d'incompétence, nous nous placerons sur le seul terrain d'appel et nous nous efforcerons de faire connaître quels effets elle produit. Quant à notre voie de recours, l'art. 454 du Code de procédure civile pose le principe : toutes les fois qu'il s'agira d'incompétence, l'appel sera recevable, encore que le jugement ait été qualifié en dernier ressort. Pourquoi cet article ? Deux raisons peuvent être invoquées :

1° L'intérêt pour le plaideur d'être jugé par ses juges naturels et éviter ainsi des surprises dont pourrait être victime le défendeur ;

2° Le bon fonctionnement de la justice : écarter ainsi les empiètements d'une juridiction sur une autre. L'art. 454 semble ne s'occuper que du cas où le jugement est mal qualifié ; mais tout le monde est aujourd'hui d'accord pour reconnaître que ce n'est pas là le seul champ d'application, et, sans difficultés, on admet qu'un jugement, dont le fond n'est pas susceptible des deux degrés de juridiction, peut être frappé d'appel sur le seul chef de la compétence ; dans ce cas, le juge supérieur ne pourra tout naturellement juger que la compétence, mais ne pourra en rien connaître du fond (Crépon, n^{os} 165 et suiv.). Cette disposition s'applique également aux jugements des tribunaux de commerce.

L'art. 425 du Code de procédure admet déjà par avance la solution consacrée par l'art. 454, et la Cour suprême applique assez rigoureusement ce principe en décidant que le jugement

qui n'est pas susceptible d'appel sur le fond, mais qui renferme une disposition sur la compétence, ne saurait, quant à ce dernier chef, faire l'objet d'un pourvoi; il faut que la voie de l'appel soit épuisée (Cass., 13 décembre 1887; D., 88-1-153). Disons enfin, pour compléter ces quelques mots sur notre art. 454, que, pour qu'il trouve son application, il faut que la question de compétence soit nettement posée, il faut que le juge soit mis à même de statuer soit d'office, soit sur la demande des parties; il faut, en un mot, que l'action soit engagée d'une façon claire et précise. Comment le juge pourrait-il venir déclarer sa compétence ou son incompétence, quand le défendeur se contente de critiquer la façon dont le procès est dirigé, et se borne à dire que le litige comportait une action d'une nature toute différente (Cass., 6 juin 1855; S., 56-1-906). L'action engagée peut être compétemment introduite; en tous cas, une simple critique ne supplée pas à une exception. La même Cour, d'après ces principes, juge que la question de compétence est suffisamment posée dans le fait par le défendeur de soutenir dans ses conclusions qu'il n'était pas négociant et qu'il avait été mal assigné (Cass., 21 février 1870; S., 71-1-16). Il ne faut pas, en effet, pousser la théorie de l'arrêt de 1855 à l'extrême, et croire que le mot incompétence doive être écrit en toutes lettres; nous ne sommes plus au temps des formules des actions de la loi, où un mot devait se trouver sous peine pour l'une des parties de se voir perdre son procès, mais encore une fois, il faut que le juge sache ce qu'on lui demande; voilà tout ce qu'exige la loi. Devant les tribunaux de commerce, une difficulté peut surgir au cours de la procédure; il se peut, en effet, qu'incidemment à un litige commercial, s'élève une question qui rentre dans la compétence des tribunaux civils, par exemple, une dénégation

d'écriture ; dans ce cas, le tribunal doit tarder à statuer jusqu'à ce que l'incident soit vidé. Dans le cas contraire, le jugement qui ordonnerait de passer outre, ou jugerait au fond, tomberait sous l'application de l'art. 454 et serait susceptible d'appel tout comme un jugement statuant sur une question de compétence (art. 425, Orléans. 1^{er} avril 1851 ; S., 53-2-16 ; Dutruc, supp. à Carré et Chauveau, v. vérification d'écriture, n° 12).

L'idée d'incompétence nous amène à dire quelques mots seulement d'une autre matière, qui est l'excès de pouvoir ; ne peut-on pas dire, en effet, que l'incompétence est un excès de pouvoir et que l'excès de pouvoir constitue une incompétence ; dans les deux cas, le juge n'est-il pas sorti de la sphère des attributions que la loi lui a assignées. Cette confusion s'est du reste produite pendant tout notre ancien droit et l'on employait indifféremment les deux expressions l'une pour l'autre : lors de la rédaction de nos codes, le législateur n'emploie pas les mots excès de pouvoir et il faut arriver jusqu'à la loi du 25 mai 1838, sur la compétence des juges de paix, pour voir l'incompétence et l'excès de pouvoir bien nettement séparés. L'art. 14 porte, en effet, que l'incompétence est un moyen d'appel, et l'excès de pouvoir, visé par l'art. 15, sera seul un moyen de cassation¹. D'autre part, l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an VIII, ordonne que le Gouvernement dénoncera à la section des Requêtes de la Cour de cassation les actes pour lesquels les juges auront excédé leurs pouvoirs. Il va sans dire que ce texte visait l'excès de pouvoir et qu'il ne saurait être question d'incompétence. Le législateur de l'an VIII séparait déjà ces deux termes,

1. Ces deux articles ont leur germe dans l'art. 77 de la loi du 27 ventôse an VIII, qui assimilait l'incompétence et l'excès de pouvoir au point de vue du recours en cassation.

mais il ne donne aucune définition de l'excès de pouvoir, pensant sans doute au brocard latin « *Omnis definitio est periculosa.* »

Il y a cependant intérêt à distinguer l'incompétence de l'excès de pouvoir, et, au risque d'être taxé d'imprudence, voici comment nous définirons ces deux expressions : l'incompétence est un empiètement que le juge commet sur les attributions d'un autre juge, il y aura incompétence dans le fait par le juge commercial de connaître d'un litige exclusivement civil. De même nous ne verrions qu'une incompétence dans la connaissance d'une affaire administrative, retenue par un tribunal civil. Quant à l'excès de pouvoir, le juge reste dans ses fonctions, mais il s'arroe un droit que la loi ne lui confère pas. Ainsi nous verrons un excès de pouvoir et non une incompétence lorsqu'un juge a rendu une sentence et qui, chargé de l'interpréter, ajoute une disposition nouvelle au jugement interprétatif, il est compétent mais il excède son pouvoir. Il y aura encore un excès de pouvoir lorsque le juge refusera d'appliquer la loi ou prononcera une peine qui n'a pas été prévue par elle. L'intérêt pratique de cette distinction consiste à reconnaître quelle voie de recours on doit employer pour faire annuler un jugement entaché d'excès de pouvoir, si la sentence rendue est en premier ressort, pas de difficultés, l'appel est tout indiqué, mais si la sentence est en dernier ressort, c'est le pourvoi en Cassation qui doit être employé, à la différence de la compétence, nous n'avons pas ici un texte analogue à l'art. 454. et le droit commun reprend son empire ¹.

La jurisprudence assimile la litispendance et la connexité

1. On peut consulter sur l'excès de pouvoir (Henrion de Pansey, de l'autorité judiciaire, t. II, p. 254; Merlin, rep., t. VIII, p. 176; Dalloz, v. Cassation, n° 1043, rapport de M. le conseiller Lassagné).

à l'incompétence : l'appel sera donc possible, même pour les jugements en dernier ressort (Bordeaux, 19 août 1858; S., 60-1-779). Disons qu'en ce qui concerne la litispendance, l'appel recevra peu d'application car la litispendance est un fait matériel que l'on pourra facilement vérifier; quant à la connexité, la question est plus délicate, c'est une affaire d'appréciation qui pourra être résolue avec fruit par le juge supérieur. Les incidents qui se produisent au cours d'une procédure tels que demandes d'enquêtes, d'expertise, de vérification d'écritures, ne produisent aucun effet sur le degré de juridiction, si donc le jugement est en dernier ressort, l'incident sera jugé lui-même en dernier ressort (Cass., 30 mai 1865; S., 65-1-312), et cette règle est applicable au faux incident civil, alors même que l'officier ministériel interviendrait et formulerait une demande supérieure à 1,500 fr., il ne faut y voir là que des dommages-intérêts reposant exclusivement sur la demande principale et tombant, par suite, sous l'application de l'art. 2 de la loi de 1838 (Cass., 28 octobre 1891; D., 92-1-476, et Dalloz, v. degré de juridiction, n° 89). Nous en aurions terminé avec les incidents et exceptions s'il ne nous restait quelques mots à dire d'un incident tout spécial : le désaveu d'avoué. Nous ne nous occupons bien entendu que de la procédure incidente de désaveu; sur cet incident on est loin d'être d'accord et deux systèmes se sont fait jour, l'un admettant la règle générale que l'incident ne change pas la demande principale, le deuxième admettant l'appel sur l'incident de désaveu. Un arrêt de la Cour de cassation, du 5 thermidor an XIII, approuvé par Merlin dans son Répertoire (v. désaveu, n° 8), admet la règle générale, et les auteurs qui ont suivi cette opinion regardent les dommages-intérêts qui peuvent être réclamés comme un accessoire de la demande principale et, par suite, l'incident suit le sort du principal

(Rodière, II, p. 422). MM. Carré et Chauveau, au contraire (question 1317), enseignent que l'action en désaveu ne sera jamais jugée qu'à charge d'appel. Ce n'est point, disent ces auteurs, à proprement parler, une question incidente, tout au moins au regard de l'officier ministériel, à l'honneur duquel elle porte atteinte, et qu'elle expose à des peines disciplinaires. M. Chauveau y voit un caractère indéterminé qui autorisera toujours l'appel, et cet auteur citait à l'appui de sa théorie un arrêt de la Cour de Bordeaux du 20 décembre 1839. Nous sommes loin de contester les arguments de ces deux auteurs, et nous reconnaissons volontiers tout l'intérêt pécuniaire et moral qui existe pour l'officier ministériel désavoué ; puisque si le désaveu est admis, il est exposé non seulement à être condamné à des dommages-intérêts, mais encore il peut être frappé de peines disciplinaires. Ce sont ces résultats sans doute qui ont frappé tous les auteurs qui admettent cette solution tels que Pigeau (I, p. 420), Rousseau et Laisney (v. désaveu, n° 90).

Mais, dans la matière de l'appel est-ce le résultat qu'il faut considérer, il faut uniquement s'attacher à la demande principale, c'est elle qui décide s'il y aura possibilité d'appel et tous les incidents qui viennent se greffer autour d'elle doivent subir son influence (Orléans, 25 mars 1851 ; S., 52-2-514). Pourquoi alors admettre deux théories diamétralement opposées pour deux incidents qui se rapprochent singulièrement par leurs conséquences. Si le désaveu attaque l'honneur de l'avoué, est-ce que l'inscription de faux ne porte pas atteinte à l'honorabilité de l'officier ministériel dont on répudie l'acte, et cependant on admet sans discussion que, dans ce cas, l'appel sur l'incident n'est possible qu'autant que la demande principale sera susceptible d'appel.

Peut-être les auteurs qui repoussent notre système y voient-ils une procédure spéciale, entièrement indépendante de l'action principale; ce serait le seul terrain sur lequel ils pourraient se placer pour défendre le système. Nous concluons, quoi qu'il en soit, dans le sens de la première opinion en ne voyant pas de raisons bien sérieuses pour apporter d'exception à notre règle. On pourra consulter sur toutes ces exceptions M. Crépon (I, n^{os} 718 et suiv.).

Garantie. — On serait tenté de croire que l'action en garantie, incidente à une demande principale, devait, quant au degré de juridiction, suivre le sort de cette dernière, c'est ce qui a en effet été jugé par un arrêt assez récent de la Cour d'Orléans du 9 janvier 1869 (D., 69-2-132). Mais d'autres Cours et la Cour de cassation ont proclamé l'indépendance des deux demandes quant à la théorie du dernier ressort; il en résulte que la demande principale pourra être jugée en dernier ressort, tandis que la demande en garantie ne le sera qu'à charge d'appel (Cass., 10 août 1881; S., 83-1-416) et c'est en ce sens que se sont prononcées : la Cour de Paris, le 22 février 1884 (Gaz. P., 84-2-662), la Cour de Caen, le 4 août 1886, et la Cour de Grenoble, le 25 février 1887¹ (Cass., 20 janvier 1869; S., 69-1-204). La Cour de cassation, dans le dernier arrêt que nous connaissons sur la matière, maintient sa théorie (Cass., 17 octobre 1893; Gaz. P., 93-2-481). Cette théorie semble aboutir à des résultats assez singuliers; aussi nous serions d'avis de nous rallier à l'opinion de la Cour d'Orléans, qui nous semble plus juridique. Nous ne voyons pas certainement la cause qui a conduit la Cour de cassation à séparer les deux demandes

1. Ces deux derniers arrêts se trouvent dans les Recueils de Rouen et de Grenoble.

quant au degré de juridiction ; mais ces résultats sont atténués par l'autre question, de savoir à qui profite l'appel, quand il est interjeté par le garant ou par le garanti. Toutefois, n'en est-il ainsi que quand les deux demandes ont gardé leur indépendance, si la tournure du procès est venue modifier les rapports des parties, si, par exemple, le demandeur principal a conclu directement contre le garant ou réciproquement, dans ce cas, il suffit que l'une des demandes soit susceptible d'appel pour que l'on puisse user de cette voie de recours pour ou contre l'autre demande (Cass., 6 novembre 1866 ; S., 67-1-31).

Enfin, disons en terminant qu'il peut arriver que le défendeur principal demande à un tiers des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause l'action intentée contre lui, et qu'il était de son devoir à lui, tiers, d'empêcher ; on serait assez facilement amené à appliquer dans ce cas l'art. 2 *in fine* de la loi du 11 avril 1838 : mais la jurisprudence, se basant toujours sur l'indépendance des deux demandes, y voit des dommages-intérêts réclamés par le demandeur, et si la valeur réclamée par un demandeur en garantie, jointe à la demande de dommages-intérêts, excède 1,500 fr., l'appel sera possible en ce qui touche la garantie (Cass., 21 août 1860 ; S., 60-1-948).

Ordre. — Ici, à la différence de la distribution par contribution, nous avons un texte qui règle le degré de juridiction et qui fait cesser toute controverse. Avant 1858, on discutait, en effet, sur le point de savoir si l'on devait prendre en considération, soit le chiffre de la somme contestée, soit le montant de la somme à distribuer, soit enfin le total des créances des contestants. L'art. 762 du Code de procédure civile, modifié par la loi du 21 mai 1858, s'est arrêté au

premier système, et c'est uniquement au montant de la créance contestée qu'il faut s'attacher pour savoir si le litige est en premier ou en dernier ressort. Mettons en application ce principe : Paul produit à un ordre pour 3,000 fr., Pierre conteste cette collocation, et prétend que la créance de Paul doit être réduite à 1,600 fr.; la somme contestée est 1,400 fr., différence entre 3,000 fr., et 1,600 fr. inférieure à 1,500 fr.; donc le jugement qui interviendra sera en dernier ressort. Dans certains cas, la somme contestée pourra se confondre avec la somme à distribuer, si, par exemple, Pierre prétend que la somme de 3,000 fr. en distribution doit lui être attribuée à lui seul, elle peut encore se confondre avec la créance du contesté dans l'hypothèse d'une contestation de rang. Pierre prétend que la créance de Paul, qui est de 3,000 fr., doit venir dans un rang postérieur à sa propre créance. Ainsi, en matière d'ordre, c'est donc la somme contestée qui sert de *criterium* de distinction entre le premier et le dernier ressort; mais ¹ il n'en saurait toujours être ainsi; supposons que pour contester la collocation, le rang d'un créancier, un autre créancier attaque par exemple un testament ou bien argue de nullité un titre et soulève, par là, une question d'une valeur indéterminée, l'art. 762 ne sera plus applicable et on ne devra plus s'en rapporter à la créance contestée.

Voyons maintenant quelques applications de la jurisprudence; si la contestation porte sur la validité de l'ordre tout entier, c'est nécessairement la somme à distribuer qu'il faut considérer (Nîmes, 9 mai 1860; S., 61-2-215). Si on réunit plusieurs ordres ensemble, cette jonction ne change pas le taux du ressort et alors même que le montant des

1. Junge (Cass., 30 octobre 1894; Gaz. du P., 94-2-588).

sommes à distribuer (chacune inférieure à 1,500 fr.) excéderait 1,500 fr., le jugement sera rendu en dernier ressort. Il est de principe que chaque contredit forme une instance distincte; ainsi, plusieurs créances appartenant à une même personne sont l'objet de productions distinctes dans un ordre ouvert ou même dans plusieurs ordres qui ont été réunis plus tard, plusieurs sommes ou même toutes sont contestées, il ne faudra pas, pour savoir si l'appel est possible, réunir toutes ensemble les contestations, mais les considérer séparément et si la somme contestée de l'une d'elles dépasse 1,500 fr., celle-là seule aura les honneurs de l'appel (Cass., 7 avril 1880; S., 80-1-220) ¹. Cependant il peut arriver qu'un créancier demande, par un seul et même acte, plusieurs collocations dont chacune est inférieure à 1,500 fr., mais dont le total excède cette somme, dans ce cas, si les contredits ont fait l'objet d'une seule et même procédure, et que les collocations soient toutes à la fois attaquées par le même motif, le taux du ressort se détermine par le montant des diverses sommes contestées, il y a un tout indivisible qu'on ne saurait en rien détruire (Pau, 27 décembre 1888; D., 89-2-53), il faut, en outre, que le sort de chacune de ces collocations produise son influence sur le sort des autres, par exemple que le rejet ou le maintien de l'une des collocations entraîne le maintien ou la nullité des autres (Pau, 27 décembre 1888) déjà cité. Dans le cas où la collocation d'une créance supérieure à 1,500 fr., mais consentie sans solidarité par plusieurs créanciers, a été l'objet d'une contestation portant sur son maintien ou sur son rejet, le jugement qui intervient sur cette contestation est en dernier ressort si la portion revenant à chacun dans la créance est inférieure à 1,500 fr. (Cass., 21 mars 1866;

1. Voyez, dans le même sens, Nancy, 12 février 1895; Gaz. du P., 95-1-411.

S., 66-1-143); il en est de même si la créance s'est divisée entre plusieurs co-héritiers (Nancy, 3 février 1891; Gaz. du P., 91-1-312; Pau, 25 novembre 1872; S., 72-2-300). Enfin, pour terminer ce rapide aperçu, supposons que le contesté devienne à son tour contestant. Paul est créancier dans un ordre pour 2,000 fr., par exemple, et Pierre pour 5,000 fr.: Pierre est dans un rang postérieur à Paul et, craignant peut-être de ne rien toucher, conteste la créance de Paul et prétend qu'il ne doit produire que pour 1,200 fr. à son tour. Paul riposte et prétend que Pierre n'a pas qualité pour le contester, parce que l'hypothèque de Pierre n'existe plus, elle est périmée. La question qui se présente et qui, du reste, a été soulevée en théorie, car il n'existe, du moins à notre connaissance, aucun arrêt sur ce point, la question, disons-nous, est de savoir s'il n'y aurait pas lieu de faire application de l'art. 2 de la loi du 11 avril 1838, l'intérêt de la question apparaît de suite, si l'on applique cet article. Le Tribunal statuera sur le tout en premier ressort; si, au contraire, on considère comme deux contestations distinctes ces deux contredits, l'un sera jugé en dernier ressort, tandis que l'autre ne le sera qu'à charge d'appel.

Nous pensons que ce deuxième système est seul soutenable; chaque contredit forme, nous l'avons dit, une procédure spéciale; si un créancier contestant se voit à son tour contesté ce sera par une procédure, absolument distincte de celle qu'il a engagée, ce sera une procédure différente qui sera soumise individuellement aux prescriptions de l'art. 762. On objecte, il est vrai, et non peut-être pas sans couleur de raison, souvent, pour ne pas dire presque toujours, ce sera la première contestation qui aura donné naissance à la seconde, et alors on ne voit pas pourquoi l'art. 2 ne deviendrait pas applicable; nous répondrons que ce

serait altérer singulièrement le texte de l'art. 762, puisque l'appel deviendrait possible pour une contestation inférieure à 1,500 fr., ce que le législateur n'a pas voulu.

Pour conclure, nous dirons que, quant à nous, nous ne considérons pas l'art. 762 comme une exception au droit commun, la somme contestée forme la valeur du litige, c'est l'importance de ce litige qui, comme en toute matière, détermine le taux du ressort; mais disons cependant que l'art. 762 paraît trop absolu si l'on ne prend pas égard aux diverses espèces qui peuvent se produire, la somme contestée pourra, nous l'avons vu, se confondre soit avec la somme à distribuer, soit avec la créance entière du créancier contesté, si le créancier contestant réclame un rang meilleur ¹. Aussi, ce système qu'il consacre était-il enseigné et même mis en pratique depuis longtemps, avant la nouvelle rédaction de l'art. 762 (Cass., 20 août 1821 et 30 novembre 1826).

1. Ce point fait cependant difficulté en jurisprudence. Il a été jugé, conformément à l'opinion émise au texte, que lorsque la contestation ne porte pas sur la somme à distribuer, mais bien sur la validité, sur le rang de collocation de la créance, l'art. 762 du Code de procédure est applicable (Nancy, 12 février 1895; G. P., 95-1-411; Nancy, 3 février 1891; G. P., 91-1-312; Poitiers, 13 avril 1885; G. P., 85-1-769; Pau, 25 novembre 1872; D., 78-2-168). Mais la Cour de Lyon, par arrêt du 11 août 1881 (S., 83-2-137), repousse cette manière de voir et elle décide que le taux du ressort doit, dans le cas particulier que nous signalons, se déterminer par le montant de la somme à distribuer. Sans doute, dit-on dans ce système, l'art. 762 du Code de procédure civile prescrit de baser la détermination du ressort sur la somme contestée, mais pour qu'il y ait lieu à application de cette disposition, il faut qu'il y ait contestation sur l'existence ou la légitimité de la créance. Mais quand il s'agit du rang de collocation, la somme contestée entre les deux créanciers est la somme à distribuer : c'est elle qu'ils se disputent; c'est elle qui doit déterminer le taux du ressort. Nous avons fait connaître notre opinion qui est plus conforme aux travaux préparatoires, où nous lisons le passage suivant : « On dispute à une créance de 500 fr. son rang hypothécaire, disait le rapporteur, la somme contestée sera de 500 fr. »

Enfin, l'art. 762 a eu pour but de faire cesser les difficultés antérieures. Nous signalerons une troisième opinion, qui, pour déterminer le degré de juridiction, ne tient compte que des créances postérieures à celles contestées et non le montant de la créance contredisante (Lyon, 6 mai 1842).

Saisies.

Voyons enfin comment, en la matière essentiellement pratique des saisies, se détermine le degré de juridiction. Dès le début nous ferons une distinction entre les différentes saisies mobilières d'une part et, d'autre part, la saisie immobilière. puis nous étudierons les généralités qui s'appliquent aux différentes saisies d'objets mobiliers, enfin nous mentionnerons en passant les questions qui peuvent être particulières à telle ou telle saisie.

1° Saisies mobilières. — Pour mettre un peu d'ordre et un peu de clarté dans nos observations, nous distinguerons : 1° Les rapports du saisissant et du saisi; 2° Les rapports du saisissant avec les tiers; 3° Enfin, dans la saisie-arrêt les rapports du saisissant avec le tiers saisi.

a) Rapports du saisissant avec le saisi. — Le taux du ressort se détermine ici par la somme pour laquelle la saisie a été pratiquée; c'est là l'intérêt du litige. Si donc, cette somme se trouve inférieure à 1,500 fr., le jugement de validité de la saisie sera rendu en dernier ressort, peu importe que les meubles ou autres effets mobiliers saisis soient d'une valeur supérieure à 1,500 fr. (Cass., 6 janvier 1892; Gaz. du P., 92-4-193).

Le but du saisissant est, en effet, d'obtenir contre le saisi une condamnation représentant sa créance (Cass., 6 juin 1883, S., 83-4-342), en matière de saisie-arrêt; (Cass., 29 mars 1887, D., 87-1-125), pour la saisie-exécution; (Montpellier, 20 août 1872, S., 73-2-90), en ce qui concerne la saisie-gagerie; quant à la saisie foraine, la règle est absolument la même. Nous n'avons rien dit de la saisie-revendication. Le vendeur d'effets mobiliers non payés, le bailleur, jouissent d'un droit

de suite soumis à certaines formes, sur les meubles et effets mobiliers non payés ou garnissant les lieux loués. Cette saisie, comme la saisie-gagerie, doit être validée et, à première vue, aucune dérogation au droit commun n'apparaît.

Nous ne pensons pas, cependant, que ce doit être la créance sur laquelle se base la saisie qu'il faille considérer ici ; dans les autres saisies, l'importance du litige est bien déterminée par l'importance de la créance, car le but immédiat est d'obtenir paiement ; dans la saisie-revendication, sans doute, le saisissant n'a qu'un désir, celui d'être payé et la saisie ne saurait se comprendre sans cela, mais ce n'est pas le seul et unique et, nous dirons plus, le principal objet. Le créancier revendiquant demande pour le moment autre chose, il veut rentrer en possession d'objets sur lesquels la loi lui donne un droit de gage et si, dans son assignation en validité, le créancier n'a fait aucune estimation, la demande sera nécessairement indéterminée : un arrêt récent de la Cour de Caen s'est prononcé en ce sens (Caen, 10 décembre 1885 ; Angers, 2 avril 1885 ; Chambéry, 13 juillet 1886 ; D., 87-2-10). Ces arrêts visent les rapports du saisissant et du tiers détenteur. Mais, si nous les avons placés ici sans vouloir anticiper sur nos explications, c'est que la procédure de cette saisie met immédiatement et, dès le début, le tiers en cause.

Souvent, pour ne pas dire presque toujours, le saisi répond à la demande du saisissant en faisant opposition à la saisie et en demandant des dommages-intérêts pour le préjudice à lui causé par le créancier saisissant. Si les dommages-intérêts demandés sont supérieurs à 1,500 fr., la demande, disait-on dans un premier système, ne pouvait être jugée qu'à charge d'appel, l'opposant est demandeur sur son opposition et il lui appartient de pouvoir être jugé en premier ressort. Plusieurs arrêts de Cour d'appel avaient appliqué ce système (Bordeaux,

20 mars 1847; S., 49-2-467; Bastia, 13 août 1855; S., 56-2-151), et la Cour de cassation s'était aussi rangée, en 1841, à cette opinion (Cass., 8 décembre 1841; S., 42-1-137). Mais un deuxième système, universellement adopté aujourd'hui, a fait cesser sur ce point toute controverse et la question ne peut plus être soulevée, si, en apparence du moins, l'opposant est demandeur sur son opposition, il n'en est pas moins défendeur au principal; l'instance a été commencée par la saisie.

C'est l'assignation en validité qui est le premier acte de la procédure, c'est elle qui nécessite l'instance, c'est elle qui cause le préjudice, l'opposant ne fait que se défendre et les dommages-intérêts qu'il réclame sont destinés à réparer le préjudice qu'il a pu éprouver; aussi, rentre-t-on dans le cas prévu par l'art. 2, § 3, de la loi du 11 avril 1838 (Cass., 6 janvier 1892; Gaz. du P., 92-1-193; Lyon, 4 décembre 1890; Gaz. du P., 91-1-241). La Cour de Nancy, le 31 décembre 1875, avait bien appliqué le premier système (S., 77-2-99), mais son arrêt fut cassé le 16 août 1877 (S., 77-1-412).

Le principe qui détermine le premier et le dernier ressort entre le saisissant et le saisi nous est donc maintenant connu; mais cette règle n'est plus vraie du moment qu'il ne s'agit plus de difficultés entre le saisissant et le saisi. Est-ce entre saisissants qu'il y a litige, il faut considérer sur quel point porte alors la contestation; s'agit-il, par exemple, d'une question de préférence entre deux saisissants; Secundus entend-il se faire attribuer par préférence à Primus les sommes saisies-arrêtées; c'est, par exemple, le jugement validant la saisie qui est passé en force de chose jugée et a été notifié au tiers-saisi. Dans ce cas, nous appliquerons le principe que nous avons émis lorsqu'en matière de distribution par contribution, il

s'agit d'une question de préférence. Si, une créance supérieure à 1,500 fr. appartient conjointement à plusieurs saisissants, ou si la dette se répartit entre plusieurs, il faut, alors, déterminer le taux du ressort, et si les parts revenant à chacun, ou incombant à chacun, sont inférieures à 1,500 fr., l'appel ne sera pas recevable; si certaines parts étaient supérieures à 1,500 fr., l'appel serait possible, seulement pour ces dernières; enfin, si le Tribunal ordonne la jonction de plusieurs saisies, il faut considérer séparément chaque saisie et alors que le total de la jonction serait supérieure à 1,500 fr., si chaque saisie est inférieure à ce chiffre. Le dernier ressort s'impose. Au reste, tout ceci ne saurait faire difficulté.

b) Rapports du saisissant avec le tiers saisi. — Dans la saisie-arrêt, un troisième personnage se trouve en face du saisissant; c'est le tiers saisi. Il est astreint à certaines obligations, notamment à faire une déclaration par laquelle il affirme être ou non le débiteur du saisi et pour quelle somme; faute par lui de remplir cette obligation, il encourt la pénalité prononcée par l'art. 577 du Code de procédure civile. Ceci exposé, demandons-nous comment déterminer le taux du ressort; nous résoudrons cette question à l'aide des distinctions suivantes :

1° Le tiers saisi est assigné purement et simplement en déclaration affirmative, la qualité de débiteur est seule en jeu; en comprend donc facilement que le débat ainsi posé est susceptible des deux degrés de juridiction; on ignore quelle déclaration fera le tiers saisi, pour quelle somme il affirmera être débiteur; donc, nul doute, débat indéterminé (Paris, 7 mai 1817; Aix, 19 janvier 1828; Paris, 1^{er} décembre 1866; S., 67-2-65);

2° Le tiers saisi a fait sa déclaration, mais le saisissant la

conteste; ainsi, Tertius, tiers saisi, déclare n'être débiteur que de 1,400 fr.; Primus, saisissant, conteste et prétend que Tertius est débiteur envers Secundus, le saisi, de 2,000 fr.; le jugement qui interviendra sera en dernier ressort. La somme contestée est la somme de 600 fr; la demande de Primus tend à faire condamner Secundus à payer cette différence, c'est l'intérêt du litige inférieur à 1,500 fr. L'appel serait donc non recevable dans l'espèce ;

3^e Enfin, le tiers saisi n'a pas fait sa déclaration affirmative et le saisissant demande à ce que Tertius soit déclaré débiteur pur et simple des causes de la saisie; dans ce dernier cas, c'est la créance du saisissant qui fixe le degré de juridiction; quoi qu'il arrive, en effet, le tiers saisi ne pourra être condamné, vis-à-vis du saisissant, à payer une somme supérieure à sa créance, et si, par exemple, cette somme est inférieure à 1,500 fr.; le jugement qui prononcera la pénalité sera en dernier ressort (Paris, 13 mai 1832; S., 33-2-97; *contra*, Douai, 5 mars 1835; S., 35-2-491).

c) *Rapports du saisissant et des tiers.* — Dans l'instance de saisie, le saisissant peut, enfin, se trouver en face de tiers qui revendiquent la propriété de certains objets compris dans la saisie, ou qui se prétendent cessionnaires de créances saisies-arrêtées; dans ce cas, l'importance du litige se mesure sur ces sommes, ou sur la valeur des objets saisis, et non à l'importance de la créance du saisissant.

En ce qui concerne la saisie-arrêt, l'évaluation est faite tout naturellement par la créance cédée, quelle que soit d'ailleurs l'importance de la somme saisie-arrêtée; si, donc, cette somme est inférieure à 1,500 fr., le jugement rendu, dans les rapports qui nous occupent, sera en dernier ressort encore que la créance du saisissant soit supérieure à 1,500 fr.

(Cass., 2 mai 1880; S., 80-1-352). En ce qui regarde les autres saisies, le litige soulève une question de propriété, donc la valeur est indéterminée (Cass., 29 mars 1887; S., 87-1-125), peu importe que la valeur de ces objets soit inférieure à 1,500 fr. (Cass., 22 juillet 1839; S., 39-1-564), et les tribunaux ne peuvent en fixer l'évaluation (Toulouse, 3 juin 1868; D., 68-2-108); encore bien qu'un acte récent de vente mentionnât leur valeur, ou une valeur inférieure à 1,500 fr. (Bourges, 14 mars 1853; S., 53-2-512). On peut ajouter à ces arrêts (Bordeaux, 14 juillet 1870; S., 71-2-13). Nous allons plus loin et nous pensons même que la valeur donnée aux objets revendiqués par le revendiquant lui-même ne pourrait donner au litige une valeur déterminée; ce que réclame le revendiquant, ce sont les objets eux-mêmes et non leur valeur. Il établirait ainsi, par son estimation, une demande alternative dont le choix appartiendrait au créancier saisissant ¹.

2° Saisie immobilière. — Dans la saisie immobilière, nous trouvons, naturellement, le créancier saisissant et le débiteur saisi; nous pouvons également y trouver le tiers revendiquant et, enfin, l'on peut y rencontrer le tiers détenteur.

En ce qui concerne le tiers revendiquant, nous n'avons rien à ajouter à ce qui a été dit plus haut. C'est la valeur de l'immeuble revendiqué qu'il faut considérer, en appliquant pour la détermination du ressort les règles qui concernent les matières immobilières. Mais il n'en est pas de même des

1. L'estimation faite par le propriétaire ne nous paraît avoir aucune utilité et même peut tourner à son préjudice; s'il se trompe, en effet, dans cette opération et qu'il donne une valeur inférieure à la valeur réelle, le saisissant ne manquera pas, d'après la théorie émise au texte, de payer la valeur fixée; si, au contraire, l'estimation est exagérée, le créancier rendra l'objet lui-même.

rapports entre le saisissant et le saisi; aussi, devons-nous quelques développements.

La question de la détermination du taux du ressort a, en effet, donné, dans les rapports qui nous occupent, lieu à une très vive controverse qui, aujourd'hui encore, n'est pas complètement disparue.

Trois systèmes se trouvent en présence :

1^{er} Système. — L'action en poursuites de saisie immobilière est dit-on une action personnelle; en effet, le créancier qui saisit n'a qu'un but, arriver au paiement de sa créance; c'est donc une simple action en paiement, donc le taux du ressort se détermine suivant les règles, en matière mobilière. Si, donc, la créance du saisissant est inférieure à 1,500 fr., le jugement, sur la validité ou la nullité de la saisie, sera en dernier ressort; ce système a été soutenu par quelques Cours d'appel (voyez, notamment, Besançon, 25 juillet 1870; S., 71-2-146).

2^e Système. — L'on soutient, dans cette seconde opinion, une doctrine diamétralement opposée à celle du système précédent, puisqu'on dénie à la poursuite le caractère d'action personnelle pour la ranger au nombre des actions réelles. Ce système, qui est celui que nous croyons le plus juridique, considère le résultat de la saisie qui est, et ce point ne saurait être contesté, la mutation de propriété de l'immeuble saisi. Faire sortir l'immeuble du patrimoine du saisi pour le faire entrer dans le patrimoine du saisissant, si sa mise à prix n'est pas couverte par une enchère ou une surenchère ou dans tout autre cas, dans celui de l'adjudicataire, voilà ce qui se produira par le jugement d'adjudication. Sans doute, le saisissant ne vise qu'au but de se faire payer, mais le paiement s'effec-

tuera soit en restant adjudicataire de l'immeuble, soit sur le prix de cet immeuble ; il y a donc une question de propriété immobilière en jeu qui, par suite, sera jugée en dernier ressort, si le revenu de l'immeuble est inférieur à 60 fr., déterminé par bail ou par rente, et qui sera soumise aux deux degrés de juridiction, si l'immeuble est d'une valeur indéterminée, ou si son revenu ne peut être établi suivant l'un des modes ci-dessus. La Cour de cassation s'est, depuis longtemps, prononcée en ce sens, arrêt du 22 mai 1833 (S., 33-1-464).

Cet arrêt est, du reste, complètement approuvé par M. Dalloz (D., 33-1-212), qui pense que cette décision mettra fin aux interminables débats qui se livrent sur cette question. La Cour de cassation a maintenu cette doctrine dans plusieurs autres décisions et nous citerons, notamment, son arrêt du 15 juillet 1840 (S., 40-1-846).

3^e Système. — Dès 1864, la Cour de cassation abandonnait ce principe, bien nettement posé, et ne donnant lieu à aucune ambiguïté, et dans quatre arrêts, des 23 août 1864 (S., 64-1-447), 13 février 1865 (S., 65-1-232), 19 décembre 1866 (S., 67-1-16) et 13 juillet 1886 (D., 87-1-106), formulait un troisième système. La Cour suprême distingue le cas où le litige porte sur l'existence, la légitimité de la créance, de celui où le litige porte sur la régularité de la procédure. Dans le premier cas, le taux du ressort se détermine comme pour les matières personnelles ; dans le second cas, au contraire, on suivra les règles des matières réelles. Les Cours d'appel se sont rangées à cette opinion qui paraît définitivement prévaloir (Rennes, 8 novembre 1888 ; Gaz. du P., 88-2-650 ; Lyon, 4 décembre 1890 ; Gaz. du P., 91-1-241). M. Crépon (n° 642) critique très fortement ce système ; cette distinction ne lui paraît pas solide, nous partageons l'avis du savant auteur et nous

ajouterons que les distinctions créées par la jurisprudence sont souvent dictées par les considérations de fait ; il s'en suit qu'elles peuvent être arbitraires et souvent contraires aux principes de la loi. « Pourquoi, ajoute notre auteur, ne pas » s'en tenir à la formule si nette et si juridique des arrêts du » deuxième système ; » du reste, que peut-on nous reprocher ? Étendre le droit d'appel à tous les litiges que nous étudions ? Mais, dans notre introduction, n'avons-nous pas posé comme grand principe que l'appel est de droit commun et que, du moment qu'il n'est pas prohibé par un texte, il est permis ; on pourrait, au contraire, retourner l'argument à ce système, et lui dire qu'il dispose, peut-être, un peu trop à la légère du droit d'appel.

Terminons en disant quelques mots des rapports du saisissant et du tiers détenteur. Le tiers détenteur peut être sommé de payer ou de délaisser ; l'action qui naît de ces rapports est tout naturellement une action immobilière (Cass., 21 décembre 1859 ; S., 60-1-138 ¹), si l'on trouve possibilité d'appliquer le troisième système, comme l'ont fait quelques Cours et notamment celle de Limoges, le 5 juin 1886 (D., 87-2-113). L'appel ne sera pas toujours possible si l'on considère le tiers détenteur comme tenu d'une obligation alternative, dont l'une des deux choses demandées est déterminée ; si, donc, le prix de vente de l'immeuble est inférieur à 1,500 fr., l'appel ne sera pas recevable ; M. Crépon (n° 648) ne partage pas le sentiment de la Cour de Limoges, et il part de ce principe que l'opposition à commandement, formulée avant la saisie (car il faut ajouter cette restriction), ne fait pas partie de

1. Le tiers détenteur n'est, en effet, tenu que « *propter rem* » et s'il est poursuivi, n'est-ce pas en vertu du droit de suite ; et nous ne pensons pas qu'il soit tenu, en vertu d'une obligation facultative, de délaisser s'il n'aime mieux payer.

la saisie, est une instance ordinaire et, par suite, doit suivre les règles du droit commun; c'est l'opposant qui est demandeur, et ce sont ses conclusions qui forment le taux du ressort; de là, passant au tiers détenteur, pour qui la sommation de payer ou de délaisser équivaut à un commandement, il pense que la Cour eût dû tenir compte des conclusions du tiers détenteur opposant et les prendre en considération pour la détermination du ressort, et non les considérer comme de simples défenses à l'action principale. En supposant que la théorie ci-dessus rapportée soit exacte, M. Crépon paraît considérer que l'instance sur l'opposition du tiers détenteur est une instance ordinaire, mais nous lui répondrons que la question de compétence, relative à cette matière, est controversée (voyez, sur la nature de l'action en délaissement, Cass., 8 mai 1814; Cass., 9 mars 1843; S., 43-2-245).

CHAPITRE II

DES ORDONNANCES

SECTION PREMIÈRE

Généralités.

Certaines décisions sont rendues par un seul juge, sur une question qui lui est soumise, ou bien, encore, le juge appose son ordre au pied d'une requête qui lui est adressée ; c'est ce qu'on appelle une ordonnance. Le propre de l'ordonnance, c'est d'être rendue par un seul magistrat, président du Tribunal ou juge commis ; cependant ¹, une exception existe en matière de communication de pièces : sur la requête de l'avoué qui a fait cette communication, le Tribunal entier rend une ordonnance en joignant à l'avoué adverse de restituer les pièces communiquées ². Le président est le magistrat qui, en cette matière, constitue le juge du droit commun ; cependant, dans certaines matières : enquêtes, ordres, etc., c'est le juge à ce commis qui a compétence pour répondre la requête. Le caractère général de l'ordonnance est de présenter une certaine urgence ; nous citons ici cette marque distinctive, car elle sera souvent invoquée dans ce chapitre.

1. En matière pénale, on peut citer également l'ordonnance d'absolution qui est rendue par la Cour d'assises et non par le président seul.

2. Ce point est controversé d'après un jugement du Tribunal civil de Carcassonne du 27 janvier 1892, loi n° du 23 février suivant, ce serait le président seul qui aurait qualité pour rendre l'ordonnance ; notre règle ne supporterait donc pas d'exception.

Les ordonnances peuvent se diviser en plusieurs classes et l'on peut dire que les distinctions et les sous-distinctions abondent ici; nous partagerons les ordonnances au point de vue des voies de recours en deux classes :

1^{re} Classe. — Ordonnances émanant de la juridiction contentieuse;

2^e Classe. — Ordonnances émanant de la juridiction gracieuse.

Il existe une autre division des ordonnances que l'on aurait pu faire connaître; les ordonnances qui sont rendues en présence des parties où elles dûment appelées, et les ordonnances rendues sur simples requêtes non communiquées. Mais, en étudiant séparément les diverses ordonnances, nous verrons que si les premières rentrent forcément dans la catégorie des ordonnances émanant de la juridiction contentieuse; il n'en est pas de même des secondes, dont quelques-unes peuvent émaner du pouvoir contentieux.

Abordant maintenant notre sujet, il faut nous demander si les ordonnances sont susceptibles de voies de recours et dans le cas de l'affirmative quelles sont-elles? Devant quelles juridictions doivent-elles être portées.

Disons, avant d'entrer dans les détails, que notre matière est fort difficile, et que nombre de théories se sont données carrière. La difficulté provient de ce que le législateur ne s'est pas prononcé sur ce point et que, quand il faut ajouter à la loi, presque la créer, chacun suit le chemin qui lui paraît le plus propre à le conduire au but; de là, autant d'opinions que d'auteurs. Aussi, le répétons-nous, a-t-on entassé distinctions sur distinctions, sous-distinctions sur sous-distinctions; nous croyons que, dans ce cas, le moyen le plus simple est de résoudre la difficulté en appliquant, autant que possible,

les principes de droit commun ; c'est ce que nous allons nous efforcer de faire.

Pour mettre un peu d'ordre en notre matière dans cette première section des généralités, nous étudierons trois paragraphes : 1° Les ordonnances sont-elles susceptibles de voies de recours ? 2° Quelles sont ces voies de recours ? 3° Quelles juridictions sont compétentes ?

§ 1^{er}. — *Les ordonnances sont-elles susceptibles de voies de recours ?*

Ramenons à trois les systèmes qui sont soutenus pour résoudre cette question.

Deux systèmes diamétralement opposés ont proclamé, d'une manière générale, que les ordonnances étaient ou n'étaient pas susceptibles de voies de recours. Résumons brièvement ces systèmes.

Pour la négative, on a dit comment permettre une voie de recours quelconque : 1° Le but du législateur a été de vouloir éviter un procès et vous en créez fatalement un, puisque la partie adverse pourra discuter l'ordonnance ; 2° Vous allez ensuite à l'encontre de la loi qui a créé l'ordonnance justement pour régler provisoirement les cas qui présentent urgence, pour empêcher la perte peut-être irrémédiable d'un droit, et vous allez en paralyser l'effet par une voie de recours ; 3° La loi a ici, par exception, prohibé le droit de défense ; vous allez l'établir si vous accordez un recours quelconque, singulière législation qui repousserait tout d'abord la défense pour l'accorder ensuite ; 4° Enfin, on tente de montrer, en examinant les diverses ordonnances, que ce système est le seul soutenable.

Pour l'affirmative, l'ordonnance, dit-on, est un acte d'administration, mais, puisque la loi n'a pas interdit aucune

voie de recours, pourquoi les prohiber? 1° Ce qui prouve, ajoute-t-on, que la loi ne les interdit pas, c'est que pour certaines ordonnances (référés art. 809 du Code de procédure civile), ordonnance en matière de taxe (art. 6 du deuxième décret du 16 février 1807; art. 191, 192 du Code de procédure civile); en matière de communication de pièces (art. 238 du Code civil), au chapitre du divorce, elle indique la voie de recours qui est seule possible; 2° Pourquoi alors cette peine qu'elle prend, si ce n'est pour conclure implicitement que les autres ordonnances sont susceptibles des deux voies de recours. Tels sont résumés succinctement les divers arguments invoqués par ces deux systèmes qui, aujourd'hui, n'ont plus qu'une valeur historique (nous entendons comme systèmes généraux)¹, vu les noms de leurs défenseurs.

3° *Système*. — Nous préférons ne suivre ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes qui conduisent forcément à des exagérations, et, pour résoudre la difficulté, nous aurons recours à notre distinction et nous poserons ainsi le principe : l'ordonnance émane-t-elle de la juridiction contentieuse, les voies de recours sont possibles; émane-t-elle, au contraire, de la juridiction gracieuse, elle est inattaquable. Nous ne nous dissimulons pas les difficultés que ce système peut faire naître, car il sera quelquefois fort difficile de savoir dans quelle catégorie classer telle ou telle ordonnance; la faute en est au législateur lui-même qui ne s'est pas prononcé sur ce point, et le commentateur sera souvent embarrassé pour résoudre une question : dans ce cas, il faut bien le reconnaître, la juridiction qui sera saisie de la voie de recours

1. Nous verrons, en effet, qu'en passant en revue les diverses ordonnances, toute controverse est loin d'avoir cessé, mais nous restons pour le moment dans les généralités; c'est ce qui explique notre opinion qui eût pu paraître contradictoire en lisant ce qui sera dit plus bas.

aura un pouvoir d'appréciation. La jurisprudence fera l'office du prêteur romain.

Quels sont nos motifs pour penser ainsi?

1° Les auteurs qui soutiennent le premier système semblent surtout n'avoir envisagé qu'une seule hypothèse : l'ordonnance pour permettre d'assigner à bref délai, il est trop tôt d'envisager le bien ou le mal fondé de leurs observations; 2° Le motif que nous invoquons à l'appui de notre opinion est le suivant : il est de principe dans notre droit que celui à qui préjudicie une décision de justice est recevable à attaquer cette décision dans le but de la faire réformer; s'il est partie au jugement, la loi lui fournit l'opposition et l'appel, s'il est un tiers, la tierce opposition lui est permise. Pourquoi ne pourrait-il pas attaquer une ordonnance qui lui cause préjudice? Le législateur, croyant sans doute que ce point ne saurait faire difficulté, ne s'est pas expliqué; la volonté présumée du législateur est de n'avoir rien innové en cette matière, et si, comme le soutient le deuxième système, le législateur s'est expliqué dans certains cas, n'était-ce que pour bien faire remarquer que, dans certaines hypothèses, il entendait ne permettre qu'une seule voie de recours et que, par là, il dérogeait au droit commun (Lyon, 4 juillet 1888; Gaz. du Pal., 89-1-59).

Les ordonnances, dit-on, ne préjudicient jamais au fond du droit et par conséquent les tiers ne peuvent jamais être lésés; nous verrons, en son temps, que cet argument n'est pas toujours d'une vérité absolue et qu'au contraire la situation des parties peut se trouver changée, suivant qu'une ordonnance est ou non rendue. Nous sommes tout disposé à refuser toute voie de recours, si l'ordonnance n'a pour but qu'une simple mesure d'instruction ou d'ordre intérieur, dans ce cas, l'adversaire se verrait repoussé par la maxime : « Pas

d'intérêts, pas d'action; » mais, du moment que l'ordonnance prescrit une mesure d'exécution, l'intérêt du tiers suffit pour justifier une voie de recours. Nous invoquerons enfin, pour soutenir notre opinion, un argument historique tiré de l'art. 2 du tit. XXXV de l'ordonnance de 1667, permettant de se pourvoir, par simple requête, à fin d'opposition contre jugements et arrêts, même sur requête; n'est-ce pas déjà trouver là le germe de la théorie que nous émettons, à savoir que les ordonnances peuvent être susceptibles d'un recours. Disons enfin, en terminant, que ce serait créer, entre les mains de certains magistrats, un pouvoir absolu qui n'aurait aucun équivalent dans toute autre matière, si administrer peut être le fait d'un seul, juger doit être le fait de plusieurs et ce serait d'autant plus dangereux que, si l'ordonnance a pour but de remédier, dans une certaine limite, aux cas présentant célérité, il ne faut pas pour cela que ce soit, pour la partie adverse, une cause de trouble sans remède ¹.

§ 2. — *Quelles sont les voies de recours?*

L'existence des voies de recours démontrée, quelles sont ces voies de recours? Sur ce point, l'entente n'est pas encore faite et ne le sera peut-être jamais. La loi s'est prononcée dans certains cas. En référé, l'appel seul est permis de même que pour les ordonnances; en matière de divorce, tandis que

1. M. de Belleyme, président au Tribunal civil de la Seine, avait cru trouver le moyen de supprimer toute difficulté; il se réservait le droit de connaître des difficultés qui pourraient naître sur l'exécution de l'ordonnance, les droits de chacun étaient ainsi sauvegardés, mais une autre difficulté surgit et l'on se demanda si cette réserve était valable. La jurisprudence s'est prononcée par des arrêts à peu près égaux en nombre pour la validité ou la nullité de ces réserves, l'on se demanda ensuite si la seconde ordonnance était elle-même susceptible de voies de recours. On le voit, la tentative de l'honorable président ne fut pas couronnée de succès, elle méritait certainement un meilleur sort.

l'appel n'est autorisé que sous certaines conditions en matière de taxe : l'opposition est seule admise en matière de communication de pièces, etc. ; dans ces divers cas, il ne saurait y avoir difficulté, mais dans les autres espèces chacun se fait législateur, les uns n'autorisent que l'opposition quand les autres ne permettent qu'à l'appel, il fallait avoir le courage d'aller jusqu'au bout et autoriser les deux voies de recours. C'est en effet le droit commun qui doit recevoir son application toutes les fois que la loi a gardé le silence ; c'est cette règle qui nous conduira toujours à prendre sans crainte des déterminations qui ne pourront jamais nous être reprochées. On nous a attaqué vivement sur ce point. Vous créez, dit-on, des voies de recours, mais vous ne vous apercevez pas que vous faussez les principes les plus élémentaires, vous donnez l'opposition ? Mais l'opposition est une voie de rétractation, seulement permise à la partie défaillante, et la partie adverse n'a pu laisser défaut puisqu'elle n'a jamais été appelée. Quant à l'appel, mais il faut avoir été partie en cause pour pouvoir appeler ; or, la partie adverse n'a jamais eu cette qualité. On va même plus loin, on parle de la tierce opposition et on nous la refuse, parce que, dit-on, les ordonnances ne sont jamais susceptibles d'acquiescer l'autorité de la chose jugée. Nous répondrons : 1° Que l'opposition n'est pas seulement permise contre les jugements par défaut ; nous la trouvons adjointe à tous les modes d'exécution forcée : commandements, saisies ; 2° En second lieu, nous verrons tout à l'heure dans quel ordre nous autorisons ces voies de recours et nous réfuterons également par là même le second argument, mais, y répondant de suite, nous avouons ne pas le comprendre. Comment, vous voulez obtenir la faculté de faire un acte qui pourra préjudicier à un tiers, en usant d'un moyen que la loi vous fournit, vous obtenez une ordonnance,

vous savez peut-être nuire à ses intérêts; en un mot, vous l'attaquez et vous lui refusez de se défendre, sous prétexte qu'il n'est pas votre adversaire? C'est jouer sur les mots et donner une interprétation par trop judaïque à la loi; 3^e Quant au troisième argument, il est, nous le reconnaissons, exact, mais il ne s'agit pas de tierce opposition de voies de recours extraordinaires; aussi, le considérons-nous comme sans intérêt dans l'espèce. Nous accordons donc l'opposition et l'appel et cela suivant toujours le droit commun, l'opposition, d'abord comme la voie la plus respectueuse, puis l'appel. Nous pensons que l'opposition et l'appel sont ouverts à celui contre qui l'ordonnance a été rendue, et nous ne donnons que l'appel à celui qui a obtenu l'ordonnance; cette manière de procéder nous permet de répondre à l'argument que nous opposent les adversaires; permettre l'appel à une partie qui n'était pas en cause. Nous disons donc : sur l'opposition s'ouvre une instance qui engendrera le lieu de droit exigé pour que quelqu'un puisse appeler. Certaines décisions, avons-nous dit, semblent, en admettant notre principe de recours, ne permettre que l'appel; nous avons examiné les diverses espèces et nous n'étonnerons personne en disant que nous sommes de l'avis de cette jurisprudence : en effet, les diverses décisions se placent dans l'hypothèse où c'est la partie qui sollicite l'ordonnance, qui se la voit refuser; or, il est clair que pour cette partie, l'opposition ne saurait lui être accordée. Il ne lui reste que l'appel, c'est la règle et non l'exception (Limoges, 3 janvier 1881; S., 81-2-104; Dijon, 11 janvier 1883; S., 83-2-70; Nancy, 19 mai 1883; S., 84-2-124; Amiens, 9 juillet 1889; Gaz. du Pal., 90-1-298).

Ainsi donc deux voies de recours : l'opposition et l'appel, elles seront permises toutes les fois qu'un texte ne viendra pas en prohiber une; il nous faut, poursuivant notre chemin,

nous demander maintenant, devant quelle juridiction on devra se pourvoir, c'est notre troisième paragraphe.

§ 3. — *Compétence.*

Sur cette question on a encore discuté à perte de vue, on voit que nous sommes dans une matière dans laquelle la discussion n'a pas fait jaillir la lumière ; les uns ont dit : c'est le Tribunal dont le magistrat fait partie qui doit connaître de l'opposition, et la Cour, de l'appel ; d'autres ont répondu : c'est le juge des référés qui est seul compétent, conformément à l'art. 806 du Code de procédure civile et cette ordonnance sera susceptible d'appel. Enfin, les troisièmes, partisans de droit commun, enseignant que l'opposition doit être portée devant le juge qui a rendu la sentence, et l'appel devant la Cour, nous paraissent seuls avoir résolu légalement la difficulté. Quel est, en effet, le but de l'opposition ? C'est le moyen respectueux de montrer au juge qu'il s'est trompé ou qu'on l'a trompé : ce moyen doit être employé préalablement à tout autre, comme étant tout d'abord le moins coûteux et pouvant rendre inutile la voie de la réformation et comme ne portant pas en suspicion la décision du juge qui, au contraire, est critiquée par la voie de réformation. Si donc le propre de l'opposition est de faire rétracter la première ordonnance, il va de soi que celui-là seul peut se rétracter, qui a rendu la décision que l'on attaque ; s'adresser à une autre juridiction, c'est créer l'appel, or, l'appel ne peut être porté que d'un tribunal inférieur à un tribunal supérieur, hiérarchie qui existe entre les tribunaux et les Cours, mais nous ne connaissons pas de hiérarchie entre le président d'un Tribunal ou le juge commis et le Tribunal dont ce magistrat fait partie. Ce serait créer une situation assez singulière au

président ou au juge, car les magistrats seraient exposés à devenir les justiciables du Tribunal dont ils font partie, et ils pourraient être appelés à se juger eux-mêmes. On s'est alors retranché derrière l'art. 806 du Code de procédure civile qui permet, dans les cas d'urgence, d'assigner devant le juge des référés; l'ordonnance, dit-on, est un titre spécial, si ce titre soulève des difficultés, le président, statuant en référé, pourra ordonner des mesures provisoires comme il le fait en toute autre matière. Nous le répétons, ce serait alors créer un appel, et comme cette décision serait elle-même susceptible d'être réformée par la Cour, il y aurait trois degrés de juridiction. Pourquoi ne pas simplifier la procédure et pourquoi refuse-t-on au magistrat, auteur de l'ordonnance, le droit de connaître lui-même de l'opposition; lui, cependant, est plus compétent que tout autre, il a déjà connu de l'affaire, il appréciera en pleine connaissance les motifs de l'opposant, il rendra une décision plus conforme à la justice. Mais cette nouvelle ordonnance n'aura pas les caractères de l'ordonnance de référé. Ce sont, croyons-nous, des motifs sérieux, contre lesquels il est difficile de protester, mais la question est toujours controversée, aussi, il nous est difficile de nous faire une idée bien nette de la jurisprudence, quoique la Cour de Lyon se soit prononcée dans notre sens par son arrêt du 4 juillet 1888; mais nous craignons fort que cet arrêt ne fasse pas jurisprudence, aussi, pensons-nous que la controverse existe toujours et que les auteurs pourront encore discuter sur toutes ces questions. Un arrêt du 20 décembre 1892, rendu par la Cour de Nancy (D., 94-2-9), admet implicitement notre théorie. Notre règle a cependant quelques exceptions, notamment en matière de taxe, de distribution, d'ordre et de faillite.

Résumons-nous et de tous les principes réunis dans ces

généralités, nous pouvons condenser tout ce que nous avons dit dans les quelques règles suivantes, ce sera notre conclusion.

1^{re} Règle. — Les ordonnances pouvant porter préjudice aux intérêts de la partie qui a été l'objet de cette mesure, sur requête adressée au magistrat compétent, sont sujettes aux voies ordinaires de recours.

2^e Règle. — Ces voies de recours sont l'opposition et l'appel, et l'appel n'est possible que lorsque l'opposition n'est plus recevable, à moins qu'un texte de loi n'autorise qu'une seule voie de recours.

3^e Règle. — L'opposition est un principe porté devant le magistrat qui a rendu l'ordonnance, à moins que la loi n'établisse une compétence spéciale.

Il nous faut maintenant passer des généralités à l'étude des diverses ordonnances et faire application de ces principes aux hypothèses prévues, ce sera l'objet de notre section deuxième.

SECTION II

Des diverses ordonnances.

§ 1^{er}. — *Des ordonnances rendues en présence de parties où elles dûment appelées.*

1^o Des ordonnances sur référés.

En première ligne et par ordre d'importance, nous devons étudier les ordonnances sur référés, art. 809 du Code de procédure civile. Ces ordonnances ne font aucun préjudice au prin-

cial d'où la conséquence que celui qui a succombé en référé, au lieu de se pourvoir par les voies de droit, peut engager le procès au fond, devant le Tribunal de première instance; elles sont exécutoires par provision, et, vu l'urgence, elles ne sont pas susceptibles d'opposition. Nous en aurions même terminé sur ce point, si nous ne croyions pas devoir signaler une controverse qui s'est élevée dans une situation toute spéciale. L'art. 60 du décret du 30 mars 1808, sur la police et la discipline des Cours et des Tribunaux, prévoit le cas où le président peut renvoyer le référé à l'audience. Le président doit user avec la plus grande prudence de cette faculté, mais il agira sagement en procédant ainsi, lorsque la cause présentera certaines difficultés, et qu'il croira utile à l'intérêt de chacun de s'éclairer des lumières de ses collègues; ce jugement, pas plus que l'ordonnance elle-même, ne sera susceptible d'opposition. Ce point ne fait pas difficultés. Mais l'arrêt rendu sur une ordonnance ou jugement de référé par défaut, est-il susceptible d'opposition? Les Cours d'appel sont divisées sur ce point : les unes admettent que l'urgence qui a fait rejeter cette voie de recours contre la décision de première instance, se manifeste également en appel, que l'arrêt participe de la même nature que le jugement (voyez, dans ce sens, Paris, 31 mars 1870; S., 70-2-158; Paris, 10 janvier 1889; G. P., 89-1-254). Le second système, que nous croyons plus exact, enseigne que l'art. 809 ne s'est occupé que de la procédure de première instance, et que, quand il s'est agi de l'appel, il n'a pas reproduit cette prohibition (Amiens, 4 mars 1874; S., 74-2-109). La Cour de cassation s'est toujours prononcée dans ce dernier sens (Cass., 26 août 1879; S., 79-1-453; Cass., 15 avril 1891; Gaz. du P., 91-1-519).

Quant à l'appel, il est recevable suivant le droit com-

mun, si le juge des référés est appelé à trancher une question de compétence, l'appel sera recevable quelle que soit la valeur en litige (Paris, 11 décembre 1890; Gaz. du Pal., 91-4-87 et 6 août 1891; D., 94-2-307); l'art. 454 du Code de procédure s'applique, en effet, aussi bien aux ordonnances de référé, qu'aux jugements; il en est de même pour l'excès de pouvoir (Paris, 29 novembre 1871; D., 72-5-279). L'appel devrait être refusé dans les cas suivants : 1° Si l'ordonnance se borne à constater l'accord des parties (Paris, 10 novembre 1886; Gaz. du P., 86-2-738); 2° Si l'ordonnance ne cause aucun grief, ce principe est posé dans un arrêt de Bordeaux, du 12 mars 1890 (Rec. de cette Cour, 90-1-262). Le fait de s'en rapporter à justice n'équivaut pas à acquiescement. L'appel sera donc possible.

2° Divorce et séparation de corps.

La procédure de divorce et de séparation de corps est mise en mouvement par deux ordonnances : 1° L'une, sur la requête à lui adressée par l'époux demandeur, rendue par le président, qui enjoint aux parties de comparaître devant lui, et le magistrat peut en même temps ordonner certaines mesures provisoires (art. 235, 236 du Code civil et art. 875 et 876 du Code de procédure civile); 2° La seconde : au jour indiqué, le juge entend les parties et en cas de non-conciliation ou de défaut, il rend une nouvelle ordonnance permettant à l'époux demandeur d'assigner l'époux défendeur devant le Tribunal, et cette ordonnance statue en même temps sur les mesures provisoires, telles que la résidence de la femme pendant l'instance, la garde des enfants, la pension alimentaire et la provision *ad litem*: cette ordonnance est susceptible d'appel (art. 238, § 3 du Code civil et art. 878, C. de pr. civ.).

La première de ces ordonnances rentre dans notre § 2 des ordonnances rendues sur requêtes, mais, pour ne pas scinder cette matière, nous joindrons son étude à celle de la deuxième ordonnance et nous diviserons nos explications en deux points.

PREMIER POINT

1^{re} Ordonnance. — Nous connaissons déjà les dispositions qu'elle peut contenir. Ordonner la comparution des époux devant le président, et même certaines mesures provisoires. La jurisprudence et la doctrine admettent que dans le cas où le président s'est borné à citer les époux devant lui, son ordonnance n'est susceptible d'aucun recours, mais que si, au contraire, elle contient certaines mesures provisoires pouvant porter grief à l'autre époux, celui-ci pourra l'attaquer par la voie de l'appel. Nous estimons que dans tous les cas cette ordonnance n'est susceptible d'aucune voie de recours. Les mesures ordonnées sont essentiellement provisoires, et elles n'auront qu'une durée fort limitée, le préjudice causé serait bien plus considérable, si on permettait l'appel, mais l'époux défendeur aura un moyen bien simple à employer, pour essayer de faire annuler cette ordonnance, ce sera de comparaître devant le président, de lui présenter ses observations, et si ce magistrat s'aperçoit qu'il s'est trompé, il n'hésitera pas à rétracter son ordonnance (voyez Carpentier, loi de 1886, sur le divorce, n° 56). Le magistrat remplit ici, on peut le dire, une juridiction gracieuse, au sens exact du mot, ce serait aller à l'encontre de l'esprit de la loi que de créer, au seuil même de la procédure, des difficultés sans nombre et mettre l'époux qui peut avoir intérêt à ce que le Tribunal statue le plus tard possible, à même de retarder la solution d'un procès qui est à peine né (Paris, 22 février 1861 ; D., 62-2-90).

Cependant, si le président excédait ses pouvoirs, et refusait, par exemple, l'autorisation de comparution, sous prétexte que les faits articulés à l'appui de la demande ne sont ni pertinents ni admissibles, il y aurait là matière à appel car le président s'est arrogé un droit qui appartient au Tribunal entier.

2° Ordonnance. — L'appel, d'après l'art. 238, § 3, est de droit commun. Cette ordonnance est en tous points assimilée aux ordonnances de référés, nous renvoyons donc purement et simplement à ce que nous avons dit à ce sujet. Mais, en pratique, une difficulté s'est élevée, difficulté provenant d'une antinomie apparente, entre le § 3 et le § 5 de l'art. 238, Code civil. D'après le § 3, le président rend une ordonnance qui peut statuer sur certaines mesures provisoires : cette ordonnance, dit ce paragraphe, est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'art. 809, Code de Procédure civile, et le § 5 ajoute : lorsque le Tribunal est saisi (par l'assignation). Les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées par le Tribunal. La question qui s'est alors posée est celle de savoir que deviendra l'appel, lorsque le Tribunal aura été saisi, tant que l'arrêt n'aura pas été rendu ; pourra-t-on interjeter appel de l'ordonnance, même après que le Tribunal aura été saisi ? Ces questions ont divisé les auteurs et la jurisprudence, et les diverses Chambres de la Cour de Paris ont eu chacune leur système ¹. Nous allons résumer cette controverse. Trois systèmes ont été soutenus.

1^{re} Opinion. — L'appel, du moment que le Tribunal est saisi de la demande, n'est plus possible ou bien il tombe

1. Cette question est longuement développée dans Dalloz (92-1-553).

immédiatement et devient sans valeur : il est inadmissible, dit-on, d'avoir deux juges saisis des mêmes questions ; il pourra arriver que le juge inférieur réforme ultérieurement l'arrêt de la Cour. Enfin, la loi est formelle, elle a voulu que le Tribunal connût seul de ces mesures provisoires, dès qu'il aura été saisi.

2^e Opinion. — On procède à l'aide d'une distinction. Si l'appel est interjeté avant que le Tribunal soit saisi, la Cour pourra statuer sur l'appel encore, bien qu'il ne soit pas vidé, au moment où le Tribunal a été saisi. La Cour doit, en effet, se placer au jour où l'ordonnance a été rendue, le Tribunal saisi plus tard ne pourrait enlever à la Cour la connaissance de ces mesures provisoires, puisqu'au moment où elles ont été rendues, le président avait seul qualité pour en connaître. Mais, si l'appel est postérieur à l'assignation devant le Tribunal, l'appel devient sans valeur car désormais c'est au Tribunal seul qu'il appartient de statuer sur ces mesures provisoires.

3^e Opinion. — Le premier système porte une grave atteinte à l'ordre des juridictions, il ne vise rien moins qu'à instituer le Tribunal juge de la validité de l'appel, en se substituant à la Cour. Quant au deuxième système, nous ne lui reprochons qu'une seule chose, c'est de n'avoir pas eu le courage de pousser sa théorie jusqu'au bout. Nous formulerons à présent notre opinion et nous dirons que l'appel de l'ordonnance sera toujours recevable, que le Tribunal soit ou non saisi, du moment que les délais de l'art. 809 du Code de procédure civile ne sont pas expirés, et nous allons par là même démontrer qu'il n'y a pas antinomie entre le § 3 et le § 5 de l'art. 238 du Code civil.

1° Les travaux préparatoires sont en ce sens. Lors de la discussion de l'art. 238 devant le Sénat, un membre de cette haute assemblée proposa de rédiger le § 3 de la façon suivante : « L'ordonnance est susceptible d'appel dans les délais » de l'art. 809 du Code de procédure civile, tant que le » Tribunal n'a pas été saisi de la demande principale, dans » ce cas la Cour se trouvera dessaisie. » La commission ayant adopté cette rédaction, on fit remarquer en séance publique, que cette solution était tout à fait antijuridique, la Cour étant saisie de l'appel de l'ordonnance du président, doit le vider en statuant. Il serait contraire au droit, ajoutait-on, de dessaisir la Cour d'une question qui lui a été valablement soumise pour la porter à un Tribunal inférieur. On supprima donc la partie de ce paragraphe à partir des mots « tant que le Tribunal. »

2° Comme conséquence pratique, on arriverait à un singulier résultat, la loi s'empresserait de rétracter, dans le § 5, ce qu'elle vient de dire dans le § 3.

3° Ce serait mettre l'un des époux à la merci de l'autre. Telle n'a donc point été la pensée du législateur. Voyons donc quelle portée ont les deux paragraphes de notre article.

Le § 3 prévoit les mesures ordonnées par le président. La Cour, qui pourra être appelée à se prononcer sur ces mesures provisoires, devra, pour prononcer son arrêt, se reporter au jour où l'ordonnance a été rendue. Le § 5 s'occupe du cas où le Tribunal a été saisi. Si pendant l'instance, des éléments nouveaux de nature à modifier, à compléter ces mesures provisoires viennent à se produire, ce sera alors au Tribunal qu'il appartiendra de statuer. Mais, peut-on nous dire, ces éléments nouveaux, ces circonstances peuvent se produire pendant l'instance d'appel et durant le procès devant le Tribunal qui les jugera? Nous croyons que seule la Cour devra alors modifier ou compléter les mesures provisoires car, tant qu'elle

n'aura pas statué, elle reste saisie du litige et de toutes les conséquences qui peuvent en modifier la nature. Autrement il y aurait dualité de juridiction et l'on retomberait dans les inconvénients des deux autres systèmes. Dans une affaire qui s'est présentée à la Cour de Rennes, nous occupions pour l'intimée et nous avions alors élevé une fin de non-recevoir à l'appel tirée justement de ce que le Tribunal étant saisi, à lui seul appartenait le droit de statuer sur les mesures provisoires. La 1^{re} Chambre, par arrêt du 31 décembre 1890, nous débouta de nos conclusions, elle admit la doctrine enseignée par la 3^e opinion. (Voyez sur cette question : 1^{re} opinion; Carpentier, n^{os} 74 et suiv.; pour la 3^e opinion, MM. Vraye et Godde, t. I, n^o 247). La Cour de cassation adopte également ce dernier système (29 juin 1892; D., 92-1-553; *sic*, Caen, 29 novembre 1892; Gaz. du Pal., 92-2-671; Toulouse, 5 décembre 1892; Gaz. du Pal., 93-1-67).

3^e Ordonnance de communication de pièces.

Une troisième et dernière ordonnance doit être rendue par le Tribunal en Chambre du conseil, elle n'exige pas la présence des deux parties, mais elle n'est pas non plus une ordonnance au sens propre du mot, c'est plutôt un jugement, c'est pourquoi nous l'étudions à cette place; c'est celle qui consiste à ordonner la restitution de pièces communiquées. L'avoué adresse une requête aux membres de son Tribunal, pour voir ordonner le rétablissement entre ses mains des pièces communiquées, un jugement intervient en Chambre du conseil qui peut ordonner la remise des pièces dans un délai déterminé, et sous une certaine contrainte; l'avoué négligent peut être condamné à des dommages-intérêts et même à des peines disciplinaires.

On a beaucoup discuté sur cette ordonnance qui, selon nous, est un véritable jugement. Les uns ont prétendu que c'est le président seul qui doit rendre l'ordonnance, les autres ont, avec plus de raison, invoqué la compétence du Tribunal entier. Il n'entre pas dans le cadre de cet ouvrage de savoir qui a tort ou qui a raison, nous avons déjà, depuis le commencement de ce numéro, fait connaître notre sentiment, en disant que cette décision, supporterait mieux l'appellation du jugement que la dénomination d'ordonnance.

Cette ordonnance est susceptible d'opposition; l'avoué pourra invoquer, en effet, le rétablissement effectué, ou bien il peut soutenir que le temps accordé par son confrère ne lui était pas suffisant pour examiner le dossier. L'opposition sera réglée suivant les prescriptions de l'art. 192 du Code de procédure civile, elle a lieu également devant le Tribunal.

Cette ordonnance n'est pas susceptible d'appel.

§ 2. — *Ordonnances rendues sur simple requête.*

Les principes généraux connus, nous allons, sous les numéros suivants, passer en revue les diverses ordonnances; nous étudierons les questions importantes qui sont soulevées par quelques-unes d'entre elles. Nous commençons par les ordonnances contenues au Code de procédure.

1^{re} Ordonnances abrégant les délais de comparution. — Dans les cas qui requièrent célérité, le juge de paix, art. 6, le président, art. 72, le président du Tribunal de commerce, art. 417, peuvent permettre de citer extraordinairement le défendeur, et même, dans certains cas, cette permission peut être donnée d'heure à heure. En ce qui concerne les matières civiles, le président, peut, en outre, dispenser de préliminaires de conciliation, ou rendre une ordonnance abrégative après

que la tentative de conciliation a eu lieu. On admet même, en général, que l'urgence dispense de la conciliation, quoique l'ordonnance ne s'explique pas sur ce point.

Ceci posé, examinons d'une façon générale si l'ordonnance est susceptible de voies de recours.

On a soutenu l'affirmative et l'on a dit que le président ne peut d'une façon toute puissante reconnaître que telle affaire est urgente ou non; penser ainsi c'est mettre en son unique pouvoir le rôle des affaires; c'est le laisser le maître absolu de l'expédition des procès : rien ne l'empêchera de soumettre à un tour de faveur certaines affaires et de reculer la solution des autres, parce qu'il ne lui plaît pas d'en connaître; qui l'empêchera, ajoute-t-on, de juger la dernière affaire inscrite, quand d'autres fort anciennes déjà, attendent depuis longtemps leur tour; il y aura là un désordre, un bouleversement des affaires, et peut-être même certains passe-droits dont gémiront les tribunaux, mais qu'ils seront impuissants à empêcher.

Malgré ces arguments, qui poussent à l'excès les conséquences des pouvoirs du président, nous croyons devoir adopter la négative et n'admettre aucune voie de recours. Le président, en répondant la requête, agit en vertu de son pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi; c'est là une mesure d'ordre purement intérieure qu'il remplit, mais il ne porte aucune atteinte aux droits des parties qui seront tenues de préparer leurs moyens de défense, d'une façon un peu plus rapide, voilà tout. Qui peut s'en plaindre? Personne. Le procès sera plus vite jugé; les parties n'auront pas à subir les lenteurs de la justice, les justiciables ne peuvent que s'en louer. Si la partie assignée justifie qu'elle n'a pas eu le temps de se préparer, le Tribunal pourra lui accorder un renvoi convenable, mais nous dénions au Tribunal le droit d'examiner si

l'urgence existait réellement, et, au cas où il ne viendrait pas à reconnaître à la cause ce caractère, d'annuler l'assignation; il y aurait là un procédé malséant, une source de conflits entre le président et son Tribunal qui auraient pour résultat de déconsidérer la justice ¹.

Supposons un instant qu'il y ait un recours, voyons quels en seraient les résultats.

L'art. 417, en effet, par suite d'une erreur que l'on peut qualifier de monstruosité juridique, admet le recours de l'opposition, puis, la voie de l'appel contre l'ordonnance du président du Tribunal de commerce, permettant d'assigner à bref délai. Voyons quelles en sont les conséquences.

Cette exception n'est justifiée par rien, l'ordonnance du président du Tribunal de commerce est évidemment de la même nature que celle du président du Tribunal civil. Pourquoi deux règles?

Le but pour le demandeur est d'obtenir une abréviation de délais. Si le président a commis une erreur, nous avons vu comment le défendeur pourra en quelque sorte obtenir satisfaction, mais si la cause est réellement urgente, c'est là où les voies de recours apparaîtront comme nuisibles en rendant sans effet l'ordonnance d'abréviation obtenue par le demandeur. Le défendeur ne manquera pas d'employer toutes les voies de recours qui retarderont d'une façon intempestive la solution du litige. Le jugement sera rendu après un temps plus long que celui qui aurait été employé pour le prononcer si l'on avait suivi le droit commun; singuliers résultats obtenus, et que la loi aurait consacrés. On nous répondra : l'ordonnance sera exécutoire nonobstant opposition ou appel; mais tant que le sort de l'ordonnance ne sera pas connu, le Tribunal ne

1. *Contra*, Rennes, 1^{er} mai 1894, Rec. d'Angers et de Rennes, 94, 277.

pourra statuer au fond puisque l'opposition, ou l'appel, devront ou maintenir l'ordonnance, ou l'annuler; et l'assignation qui en est l'exécution immédiate, suivant le même sort que l'ordonnance, le Tribunal ne sera saisi que si cette ordonnance est maintenue. Il est donc facile de voir que, même dans le cas d'exécution provisoire de l'ordonnance, le juge doit tarder à statuer jusqu'à ce que l'opposition ou l'appel soient vidés.

Ainsi donc, pas de voies de recours (Rennes, 10 novembre 1885, *Gaz. du Pal.*, 85-2-731). Quoi qu'il en soit, l'ordonnance du président du Tribunal de commerce est, par exception (ce qui confirme la règle), susceptible d'opposition devant ce magistrat lui-même, et non devant le Tribunal. L'appel est interjeté devant la Cour.

Les partisans d'une voie de recours sont loin de s'entendre sur la voie à accorder, les uns donnent la voie de l'annulation pour excès de pouvoir devant le Tribunal et refusent l'appel. Cette ordonnance ne touche en rien au fond du droit et ne cause aucun grief, par suite inutilité de l'appel (Pau, 29 février 1864, *S.*, 64-2-100). D'autres n'accordent que la voie de l'appel. (Paris, 16 novembre 1888, *G. P.*, 88-2-553); d'autres enfin accordent l'opposition et l'appel (Toulouse, 13 janvier 1823).

Une fraction de ces partisans font une autre distinction. Quand le président n'accorde qu'une abréviation de délai, il agit en vertu de sa juridiction gracieuse, aucune voie de recours n'est possible; mais, du moment qu'il dispense du préliminaire de conciliation, il agit en vertu de sa juridiction contentieuse, et, dans ce cas, son ordonnance est susceptible d'être attaquée en ce sens que la nullité de l'assignation pourra être demandée plus tard s'il appert qu'il n'y avait pas célérité (Toulouse, 28 août 1884, *D.*, 85-2-217). Nous ne croyons pas

cette distinction juridique ; elle semble donner au préliminaire de conciliation un caractère qu'il n'a pas. Sans doute, la tentative de conciliation, qui n'est suivant nous d'aucune utilité, n'en est pas moins obligatoire, mais la loi elle-même en a dispensé un grand nombre de procès, et entre autres les causes qui requièrent célérité (art. 49-2° C. pr.). Or, du moment que le président a le pouvoir de reconnaître l'urgence, il peut par cela même dispenser de la conciliation, qui est une lenteur apportée à la procédure. Nous ne voyons pas ensuite comment une ordonnance, acte indivisible, participe à la fois de la juridiction gracieuse et de la juridiction contentieuse. L'accord, en résumé, est loin de se faire entre ces divers systèmes.

Le défendeur pourra, pour nous résumer, demander un délai au Tribunal pour préparer sa défense, mais le Tribunal ne pourra en rien contrôler l'ordonnance du président ; l'assignation restera telle qu'elle est, et le Tribunal ne pourra, sous aucun prétexte, l'annuler sous prétexte que le caractère d'urgence n'existait pas.

Nous avons vu qu'exceptionnellement l'art. 417 du Code de procédure civile permet des voies de recours, opposition et appel contre l'ordonnance du président du Tribunal de commerce, permettant d'abrégier les délais d'ajournement. Si le président refuse d'ordonnancer la requête, l'exposant devra se pourvoir également par requête devant la Cour. Si la requête est, au contraire, ordonnancée, l'ajourné pourra se pourvoir tout d'abord par voie d'opposition, devant le président lui-même, et non devant le Tribunal, comme l'enseigne M. Pigeau, puis ensuite par voie d'appel.

Ordonnance portant règlement des qualités. — L'avoué, qui veut lever et signifier un jugement ou un arrêt, rédige

les qualités qu'il signifie à l'avoué adverse. L'original de cette signification doit rester vingt-quatre heures entre les mains de l'huissier, pour permettre à l'adversaire d'y faire opposition.

De deux choses l'une, ou il n'y a pas opposition, l'avoué rédacteur procède à l'expédition du jugement, ou il y a opposition. L'avoué opposant le déclare à l'huissier; l'avoué, rédacteur des qualités, donne avenir à son confrère devant le président, pour y déduire ses moyens d'opposition; le président rend une ordonnance, c'est cette ordonnance que nous devons étudier au point de vue du recours.

Cette ordonnance est rendue en présence des avoués des parties qui soumettent leurs observations au magistrat chargé de régler les qualités; il y a débat. D'autre part, le juge peut, de sa propre autorité, retrancher ou ajouter certaines phrases, certaines expressions; il peut reviser le point de fait; il peut, en un mot, si les qualités font preuve d'une certaine partialité, ordonner que la rédaction en sera modifiée dans tel ou tel sens.

Tout ceci montre, surabondamment, que le recours doit exister. La partie, ou mieux les deux parties peuvent éprouver un préjudice; les qualités peuvent constater des faits inexacts; les parties peuvent être qualifiées de possession d'état qu'elles n'ont pas; en un mot, il peut résulter un grief contre l'ordonnance; il faut que ce grief puisse cesser.

On répond : la voie d'un recours n'est pas nécessaire, 1° Parce que la loi ne l'a pas organisée; 2° Elle est inutile, la partie qui a à se plaindre de la rédaction des qualités pourra la critiquer en appel; elle pourra prouver que les adjonctions ou les retranchements ont été opérés malgré ses observations; qu'elle ne peut donc les subir; qu'on ne peut les lui imposer. Au surplus, dit-on, cette rédaction est soumise à la loyauté du

magistrat. Si le magistrat agit, comme il le fait toujours, suivant sa conscience, il ne craindra pas la voie de recours.

A ceci, notre réponse sera facile : 1° Le premier motif n'en est pas un, c'est justement parce que le Code est muet sur la voie de recours qu'il n'y a pas lieu de l'écarter ; l'opposition ou l'appel sont de droit commun, et quand ils ne sont pas défendus, ils sont permis ; 2° Le système adverse reconnaît en principe la voie de recours possible ; il l'admet bien, pour le jugement de première instance, mais il le supprime pour l'arrêt de la Cour, alors que les mêmes règles doivent régir de la façon la plus compatible les deux hypothèses, et, alors, que c'est surtout pour l'arrêt qu'une rectification peut être nécessaire, à cause du pourvoi en cassation.

La doctrine et la jurisprudence admettent, presque unanimement, le premier système. Nous citerons, tout à l'heure, quelques arrêts.

Ce point élucidé, quelle sera la voie de recours ? 1° L'avoué auquel son confrère a donné avenir, laisse défaut ; il pourra faire opposition devant le magistrat chargé de régler les qualités et non devant le Tribunal ou la Cour (*contra*, Cass., 16 août 1876 ; S., 77-1-122 ; voyez, cependant, Rodière, p. 263) ; l'appel sera ensuite possible ; 2° L'avoué opposant se présente ; la voie de l'appel lui sera seule ouverte, s'il s'agit du règlement des qualités d'un arrêt ; nous reconnaissons que, par la force même des choses, il n'y aura, dans ce cas, aucun recours, sauf, cependant, l'opposition à l'ordonnance de règlement (*sic*, Bordeaux, 22 mai 1840 ; S., 40-2-365 ; Berriat Saint-Prix, n° 14, p. 407 ; *contra*, Cass., 27 décembre 1842 ; S., 43-1-332 ; Carré et Chauveau, question 603 ; ajoutez Cass., 23 juin 1852 ; S., 55-1-138).

Mais les adversaires des voies de recours nous font une concession ; si, disent-ils, le magistrat venait à décider que

l'avoué devrait lever et signifier le jugement, la voie de l'appel serait ouverte; il excède son droit, en agissant ainsi (Rennes, 19 novembre 1836; Pau, 6 mai 1850; J. des Av., t. LIII et LXXVI, pp. 687 et 486; Agen, 13 février 1867; S., 67-2-107). Ceci montre, une fois de plus, qu'au fond, nos adversaires pensent comme nous, mais qu'ils n'osent pas mettre leur théorie en pratique. N'y aurait-il pas excès de pouvoir, si le magistrat venait à qualifier l'une des parties en état de faillite, quand elle ne serait qu'en état de liquidation judiciaire; il y a là un véritable préjudice et, cependant, aucune voie de recours n'est accordée quand, sur une simple question d'ordre intérieur, on permet l'appel.

2° Ordonnances diverses.

Sous ce numéro nous allons passer en revue les diverses ordonnances prévues par le Code de procédure et pour lesquelles il ne saurait y avoir de sérieuses difficultés; nous nous expliquerons pour les premières; pour les suivantes, nous exprimerons brièvement notre opinion, les motifs étant toujours les mêmes.

a) Enquête. — On rencontre, en matière d'enquête, plusieurs ordonnances : 1° Ordonnance fixant les lieu, heure et jour pour entendre les témoins, art. 259; 2° Ordonnance pour remplacer un juge commis qui ne peut procéder à l'enquête, art. 255; 3° Ordonnance commettant un juge d'un autre tribunal pour entendre les témoins éloignés, art. 266. Toutes ces ordonnances sont de simples actes judiciaires; elles ont pour objet d'ordonner des mesures nécessaires pour instruire la cause; elles ne causent aucun préjudice à personne; personne ne peut donc les attaquer.

Enfin, une dernière ordonnance peut être rendue par le juge commissaire, c'est l'ordonnance condamnant le témoin défaillant, art. 263. Inutile d'insister sur l'intérêt que peut avoir le témoin à faire rétracter cette ordonnance; mais la partie qui a assigné le témoin peut également avoir intérêt à l'attaquer, si elle estime que les dommages-intérêts auxquels a été condamné le témoin ne sont pas suffisants pour l'indemniser du préjudice qu'elle éprouve. Elle sera, de la part du défaillant, susceptible d'opposition devant le juge commissaire. Cette opposition se traduira par des explications orales que fournira le témoin lors de sa comparution sur réassignation; il pourra énumérer les causes qui l'ont empêché de comparaître, et si le juge reconnaît la légitimité de l'excuse, il sera le premier à rapporter son ordonnance. Elle sera susceptible d'appel de la part de :

- 1° La partie défaillante, une fois la voie de l'opposition épuisée;
- 2° De la part de la partie à la requête de laquelle le témoin défaillant avait été assigné.

Reconnaissons, d'abord, que l'appel ne sera pas possible sur l'amende, puisqu'elle ne peut dépasser 100 fr. Quant aux dommages-intérêts, vis-à-vis de la partie, le taux du ressort se détermine par les conclusions de l'avoué de la partie qui a fait citer le témoin défaillant.

Ainsi, donc, opposition devant le magistrat enquêteur et appel devant la Cour. Pas de difficultés quand le juge commis et le Tribunal qui a ordonné l'enquête font partie du ressort de la même Cour; mais, il peut arriver qu'un tribunal commette un juge ne faisant pas partie du ressort de la Cour; quelle sera la juridiction compétente? Prenons un exemple : le Tribunal civil de Rennes commet, pour entendre des témoins, un juge du Tribunal civil de Laval; ce magistrat est appelé à faire application de l'art. 263; appel est interjeté de son

ordonnance; sera-ce la Cour d'Angers, qui comprend dans son ressort le Tribunal civil de Laval, qui sera compétente, ou la Cour de Rennes? La question est examinée par M. Chauveau (question 1032 *bis*), mais nous ne connaissons aucune décision sur cette intéressante question. Pour la compétence de la Cour d'Angers, on peut soutenir que chaque Cour a une circonscription territoriale déterminée, qu'elle doit seule connaître des décisions rendues dans son ressort, et que ce serait violer la loi que d'étendre le pouvoir des magistrats au delà des limites physiques que la loi leur a fixées; cela est si vrai, qu'en dehors de ces limites, le magistrat devient un simple citoyen et les lois électorales font une application très intéressante de ce principe. Nous croyons, cependant, que l'opinion contraire est préférable. Le juge commis représente le Tribunal qui le commet. Le Tribunal pourrait, en effet, ordonner que les témoins vinssent déposer devant le juge enquêteur, mais vu leur éloignement, il nomme un juge qui le remplacera dans cette mission; on peut voir, dans cette espèce, une extension remarquable de juridiction. De plus, comme le fait remarquer M. Chauveau, il y aurait danger à antier un procès sur un autre procès et à créer deux juridictions pour la même affaire; mais, le motif qui nous détermine surtout à prendre parti pour l'opinion que nous soutenons est tiré, comme le fait remarquer notre auteur, de l'art. 292. L'enquête nulle doit être recommencée aux frais du juge. Quel est le tribunal compétent pour apprécier cette nullité? C'est, sans doute, le Tribunal qui a ordonné l'enquête, et, seul il peut en connaître, car il appréciera s'il peut juger en l'état, et si une nouvelle enquête est nécessaire. Dans le système contraire, quelle sera la juridiction compétente? Il n'y a pas de raison pour désigner le Tribunal dont fait partie le juge commis pas plus que la Cour

dont cette juridiction dépend. Ce motif, à lui seul, nous le répétons, nous fait adopter ce dernier système, car, suivant nous, si on ne s'appuyait que sur l'extension de juridiction, cet argument nous paraîtrait fort contestable.

De tout ceci il faut conclure que le magistrat représente la juridiction qui l'a commis, que son ordonnance sera susceptible des voies de recours auxquelles serait soumise la décision, si elle avait été rendue par la juridiction elle-même. Il en résulte que l'ordonnance rendue par un juge de paix, commis par une Cour d'appel, sera sujette à opposition, mais non à appel devant cette Cour.

b) Descente de lieux. — L'ordonnance du juge-commissaire fixant les jour et heure de sa descente, art. 297, est-elle susceptible d'opposition et d'appel? Nous répondrons, sans hésiter : oui. Cette ordonnance peut préjudicier à la partie adverse, en ce sens que cette partie peut avoir un empêchement légitime, ne lui permettant pas de se trouver sur les lieux litigieux à l'époque fixée.

c) Expertise. — Ordonnance du juge-commissaire fixant les jour, lieu et heure pour la prestation de serment des experts (art. 307). Pas de voie de recours.

d) Interrogatoire. — Ordonnance du président qui commet un juge pour procéder à l'interrogatoire. Pas de voie de recours.

Ordonnance du juge qui fixe l'époque où aura lieu l'interrogatoire. Voie de recours ordinaires. L'art. 332 prévoit implicitement l'opposition.

e) Vérification d'écriture. — Ordonnance du juge-commissaire qui fixe les jour et heure et qui permet d'assigner

la partie qui a dénié l'écriture (art. 199). Pas de voie de recours.

Ordonnance portant permission d'assigner les experts et les dépositaires des pièces de comparaison (art. 201 et 204). Pas de voie de recours.

f) Inscription de faux. — Ordonnance fixant le jour auquel sera dressé le procès-verbal de l'apport de la minute arguée de faux (art. 221). Pas de voie de recours.

g) Ordonnance d'exequatur. — Renvoi à l'appel des sentences arbitrales.

h) Désistement. — Renvoi à l'étude des ordonnances de taxe.

i) Délivrance de copies d'actes. — La partie qui voudra obtenir copie d'un acte non enregistré, présentera, dans ce but, une requête au président du Tribunal du domicile de l'officier dépositaire de l'acte.

La partie qui veut obtenir délivrance d'une seconde grosse agit également par voie de requête. Ces deux ordonnances sont susceptibles d'opposition devant le président jugeant en référé. L'art. 845 est, en effet, formel sur ce point. C'est une exception à notre règle générale. Elles sont également susceptibles d'appel devant la Cour, car elles peuvent causer griefs à la partie adverse qui, du reste, peut avoir intérêt à s'opposer à cette délivrance, car elle a, par exemple, désintéressé le créancier qui a dû lui remettre la première grosse et qui voudrait peut-être en obtenir frauduleusement une seconde.

Du reste, comme la connaissance du fond, dans les diverses matières ci-dessus, reviendra au Tribunal, celui-ci pourra

ordonner, à nouveau, un supplément d'instruction, s'il estime que l'une des parties a été privée de son droit de défense (Pr. civ., 279-263-276; Cass., 13 mai 1884; S., 84-1-281), pour le cas plus particulier d'excès de pouvoir.

3^e Saisies.

Avec la matière des saisies va recommencer la discussion; divers systèmes vont se donner carrière et la jurisprudence va nous montrer elle-même qu'elle n'est pas encore définitivement fixée sur certains points. Nous allons exposer, le plus clairement possible, ces théories diverses; nous devons, pour faire comprendre nos explications, nous éloigner quelquefois un tant soit peu de notre sujet; nous nous efforcerons d'être aussi bref que possible dans nos digressions.

On peut diviser les saisies en deux classes : les saisies qui, pour devenir exécutoires, ont besoin d'être validées par le Tribunal, et les saisies qui sont exécutoires de plein droit.

De ces dernières, c'est-à-dire la saisie-exécution et la saisie immobilière, nous n'en dirons rien, par le motif bien simple que la loi n'a pas permis à un magistrat d'ordonner une mesure aussi grave. Il faut un titre exécutoire pour pouvoir y procéder.

Quant aux autres saisies : la saisie-arrêt, la saisie-gagerie, la saisie-revendication, la saisie foraine, l'instance en validité permettra au Tribunal d'exercer un contrôle salutaire sur les actes du saisissant. C'est donc de ces dernières seules que nous allons avoir à nous occuper, et nous prendrons, comme type, la saisie-arrêt; nos explications s'appliqueront également aux autres.

Toute saisie doit être précédée d'un commandement fait en vertu du titre que l'on veut mettre à exécution. A défaut du

titre, dit l'art. 558, le juge pourra, sur requête, permettre la saisie-arrêt (Conf., art. 819-822-826, C. de pr. civ.). C'est cette ordonnance qui soulève la question fort discutée de savoir si elle est susceptible d'un recours, et, dans le cas de l'affirmative, quel est ce recours.

Nous allons nous placer à deux points de vue :

1° *Par rapport au saisissant.* — Ici, on ne rencontre pas de difficultés. Il est manifeste que le président est maître absolu de permettre, de refuser ou d'autoriser partiellement la saisie ; c'est un acte de juridiction gracieuse qui ne lèse en rien les intérêts du saisissant qui, en cas de refus, peut renouveler sa requête, y substituer aux anciens de nouveaux motifs qui justifieront mieux son droit ; s'il a un titre, il peut faire commandement ; en un mot, rien n'est changé en ce qui le concerne ;

2° Mais, c'est *par rapport au saisi* que se sont élevées toutes les difficultés dont nous parlions tout à l'heure, et c'est ces difficultés qu'il nous faut maintenant aborder.

Deux systèmes opposés se trouvent en présence : l'un qui refuse, l'autre qui accorde un recours.

1^{er} *Système.* — Les partisans de cette opinion soutiennent que le président agit en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Les parties n'ont point été appelées à s'expliquer devant lui et il importe même que la partie adverse ne soit pas avertie ; l'acte n'est pas un jugement et, par suite, n'est pas susceptible d'appel. Du reste, le recours est inutile : le saisi, sur l'instance en validité, pourra demander la nullité de la saisie. Ces ordonnances sont des actes de tutelle administrative et judiciaire (Paris, 9 août 1889 ; Gaz. du P., 89-2-463 ; Roger, de la saisie-arrêt, nos 148 *bis* et 149 *ter* ; Rousseau et Laisney, v. saisie-arrêt, n° 151).

Le 2^e *Système*, que nous croyons, au contraire, plus conforme aux principes, répond que l'ordonnance du juge est bien un acte de justice, une sentence qui, comme telle, est susceptible de recours, à moins qu'un texte ne vienne dire le contraire. En notre matière, plus qu'en toute autre, l'ordonnance du juge peut, non seulement causer au saisi un préjudice matériel, mais encore un préjudice moral, et d'autant plus que le saisi n'a pas été appelé à se défendre. Le président a pu être induit en erreur.

Dans une requête, il faut bien le reconnaître, on met les motifs que l'on veut; on peut exagérer les périls qui menacent le saisissant; le but est de surprendre le débiteur, et d'arriver à se faire payer au préjudice d'autres créanciers qui peuvent être autant et même plus intéressants; il est donc de toute justice que le magistrat puisse rapporter une mesure qu'on lui a extorquée.

S'il est juste que le saisissant, craignant que son gage lui échappe, veuille le mettre à l'abri, la position du saisi n'en est pas moins intéressante, et il peut avoir le plus grand besoin de toucher, au plus tôt, les sommes saisies-arrêtées; il a donc un intérêt majeur à se pourvoir, par des moyens rapides, sans attendre toute la procédure longue, vexatoire et dispendieuse de la saisie-arrêt (Lyon, 4 juillet 1888; Gaz. du P., 89-1-59). La jurisprudence semble se prononcer, maintenant, en ce sens.

Mais on est loin de s'accorder sur la voie de recours possible. Ici les opinions nombreuses se font jour et la question n'en est que plus difficile à résoudre.

Les uns enseignent l'opposition devant le Tribunal, et cette opposition se manifestera par une assignation en mainlevée de la saisie par application de l'art. 567. Le Tribunal, juge de la validité ou de la nullité de la saisie, statuera implici-

tement sur le bien ou le mal fondé de l'ordonnance. Ce système refuse l'appel (Bordeaux, 16 août 1817; Metz, 24 novembre 1819; Naquet, Dissertation en note, sous Aix, 27 janvier 1871; S., 72-2-289; Crépon, n° 1256).

D'autres font une distinction. Tant que le Tribunal n'est pas saisi de la demande en validité, le saisi peut se pourvoir par opposition devant le juge qui a rendu l'ordonnance, puis on peut recourir ensuite à l'appel. Tant que le Tribunal n'est pas encore saisi de la question de validité, c'est au président seul qu'il appartient de connaître des difficultés qui peuvent naître; mais dès que la demande en validité de saisie est portée devant le Tribunal, en vertu de l'art. 567, ce dernier est désormais seul compétent pour connaître de tous les incidents de la saisie, et par suite le président ne saurait, sans commettre un excès de pouvoir, modifier les termes de son ordonnance.

Ce système est celui généralement suivi et c'est celui de la jurisprudence (Paris, 1^{er} mars 1893). Le président, en effet, porterait atteinte au principal et violerait l'art. 809 (Cass., 24 février 1892; D., 93-1-12) (Lyon, 4 juillet 1888; G. P., 89-1-59).

Mais surgit une autre difficulté quand il s'agit de déterminer à quel moment le Tribunal est saisi. Les uns disent : C'est au moment où le saisi a constitué avoué (Paris, 5 janvier 1889; D., 91-2-49; Paris, 9 septembre 1889; D., 90-1-469). On y voit une renonciation à recourir contre l'ordonnance par le fait du défendeur de lier l'instance. Mais ce système ne doit pas être suivi, et c'est l'assignation en validité qui seule produit cet effet; c'est elle qui permet au Tribunal de juger la cause, et non la constitution d'avoué. Si celle-ci lie l'instance, c'est justement parce que le Tribunal est mis en mesure de statuer. L'assignation est la cause, la

constitution d'avoué n'en est que la conséquence; c'est, du reste, le système suivi par la jurisprudence (Paris, 14 décembre 1892; D., 93-2-529; Cass., 1^{er} juillet 1890; D., 90-1-263; Cass., 5 mars 1890; G. P., 90-1-521; Paris, 9 août 1889; Gaz. du P., 89-2-463) ¹. D'autres ne retirent ce droit au président que lorsque des conclusions ont été signifiées (Paris, 23 mars 1867; S., 67-2-189).

3^e Système. — Nous ne croyons pouvoir adopter aucune de ces opinions et nous pensons que le président pourra révoquer son ordonnance non seulement après que le Tribunal aura été saisi de la demande en validité, mais nous allons plus loin et nous reconnaissons ce droit tant que le Tribunal n'aura pas prononcé sur la demande en nullité ou en validité; nous invoquerons des arrêts en ce sens (Alger, 7 novembre 1892; D., 93-2-530, et trois arrêts de la Cour de Paris : 24 avril 1891; D., 91-5-467; 5 décembre 1890; Gaz. du P., 91-1-578; 22 janvier 1892; D., 92-2-449). Il n'est pas permis, en effet, à une partie par une assignation en validité, en même temps qu'elle lui fait connaître l'ordonnance, de l'empêcher de se pourvoir par voie d'opposition; c'est cependant ce qui arriverait dans le second système qui se rapproche le plus de celui que nous soutenons. Nous invoquerons ensuite les mesures de célérité que nous avons déjà exposées en justifiant la voie de recours. Enfin nous démontrerons, et ce motif sera mieux compris plus tard, que le juge ne préjudicie pas au principal quand il révoque son ordonnance alors même que le Tribunal est saisi.

Ceci nous amène à parler de la juridiction des référés comme voie de recours à l'ordonnance du président.

1. Junge (Cass., 5 mars 1895; Gaz. du P., 95-1-375).

Un président du Tribunal de la Seine, homme fort remarquable comme sérieux et comme pratique, voyant que la question du recours contre les ordonnances était fort discutée et qu'en conséquence les intérêts des justiciables pouvaient en souffrir, imagina un moyen de tourner la difficulté, et il exigea que dans la requête qu'on lui présenterait, l'exposant inserât une clause par laquelle, en cas de difficultés il lui en serait référé. Le moyen était fort ingénieux, et l'on eût pu croire que toute controverse était épuisée. Mais alors, on s'ingénia à trouver un moyen de combattre cette innovation qui était le fruit d'une pratique constante; on contesta la légalité de cette clause, et on a fait en sorte qu'aujourd'hui encore on discute le point de savoir si le président a réellement le droit d'insérer cette réserve dans l'ordonnance.

Voici brièvement exposés les arguments favorables et défavorables :

Pour la légalité : On soutient que le président, pouvant autoriser ou refuser la permission de saisir, n'excède pas ses pouvoirs en la soumettant à certaines restrictions; de même qu'il peut autoriser la saisie pour partie, de même il l'autorisera conditionnellement; le saisi devra s'adresser à lui en cas de difficultés. On répond à cette argumentation qu'en agissant ainsi, le président excède ses pouvoirs; qu'en effet, il se réserve ainsi implicitement le droit de connaître du fond du litige, s'il peut réduire la saisie-arrêt, il donne par là même, mainlevée partielle; il connaît de la validité de la saisie, pouvoir qui, en vertu de l'art. 567, n'appartient qu'au Tribunal (voyez de Belleyne : référés, I, pp. 142 et suiv.; Glasson, observations; D., 83-2-97; *contra*, Chauveau, question 2757 *bis*). Les diverses Chambres de la Cour de Paris se sont prononcées en sens divers et la controverse existe toujours entre les autres Cours. Pour la validité :

(Paris, 7^e Chambre, 5 janvier 1889; D., 91-2-49; Paris, 7^e Chambre, 19 février 1886; S., 88-2-163; Paris, 5^e Chambre, 18 janvier 1886, et 5^e Chambre, 1885; S., 86-2-36; Paris, 7^e Chambre, 29 mars 1890; Gaz. du P., 90-1-684; *contra*. Paris, 25 mai 1833; S., 33-2-407; Lyon, 25 avril 1856; S., 56-2-465). M. Bertin, dans son ouvrage sur les ordonnances sur requête et sur référé, enseigne une autre opinion. Le président, dit en substance cet auteur, en ordonnant la saisie-arrêt, remplit un acte de juridiction spéciale, et il épuise par là même sa juridiction: mais il y a urgence à statuer sur les difficultés qui peuvent s'élever: on retournera alors devant le président, non pas en vertu des réserves introduites par lui dans son ordonnance, car ces réserves sont sans valeur, mais par application de l'art. 806 du Code de procédure civile: dans tous les cas d'urgence, dit cet article, il sera statué comme suit, c'est-à-dire en référé. Le juge des référés peut statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre, notre titre ici, c'est l'ordonnance du président. Ainsi, il est facile de voir que ce magistrat, en stipulant ses réserves, n'accorde aucun droit nouveau, tandis qu'en statuant en référé il fait un acte légal (Bertin, n^{os} 96 et suiv., 232 et suiv.).

C'est à présent qu'il faut exposer notre système: les motifs en seront mieux compris. Nous pensons que l'opposition doit avoir lieu devant le président siégeant non en référé, mais comme magistrat ayant autorisé la saisie. Sur la valeur des réserves du président, rien n'indique dans le Code qu'il ait ce pouvoir, et nous croyons que ce magistrat s'est arrogé un droit qui est devenu quasi légal par la pratique, c'est du droit prétorien. Quant au système de M. Bertin, il nous paraît bien compliqué pour avoir été consacré par les rédacteurs du Code

de procédure civile. L'opposition est de droit commun; pas donc n'est besoin de réserves ni de gymnastique juridique pour accorder cette voie de recours; elle a lieu devant le magistrat qui a rendu l'ordonnance; pourquoi aller le faire siéger en référé pour rétracter ce qu'il peut rétracter comme simple président.

Donc opposition devant le magistrat.

Nous poursuivons et nous allons plus loin : nous accorderons l'opposition jusqu'à ce que le jugement soit rendu. On va nous objecter de suite : c'est une violation flagrante de l'art. 567, d'abord parce que le Tribunal est seul compétent désormais pour connaître de la demande en validité ou en mainlevée de la saisie; violation de l'art. 809, car vous préjudiciez au principal en permettant au juge de rétracter son ordonnance; et de faire ainsi tomber l'instance principale; il décide quant au fond ce qui est contraire aux principes. Nous pouvons cependant répondre à ces arguments qui paraissent décisifs : 1° Empêcher le saisi de faire opposition à l'ordonnance dès que la demande en validité lui est signifiée, c'est supprimer la voie de l'opposition, car, la plupart du temps, le saisi ne connaîtra la saisie que par l'assignation devant le Tribunal, et il ignorera toujours l'ordonnance la permettant. Du reste, le saisissant pourra en même temps et dénoncer l'ordonnance et assigner devant le Tribunal. Aussi, approuvons-nous sous réserves un arrêt de la 7^e Chambre de la Cour de Paris du 27 mars 1890 (G. P., 90-1-684), qui permet au président de ne pas se dessaisir de l'opposition quand il est manifeste que le saisissant a agi dans le seul but d'empêcher le saisi de faire rapporter l'ordonnance et de le forcer à suivre sur la procédure de validité; 2° Si on refuse ainsi tout recours au saisi, si on retire d'une main au président ce qu'on lui donne de l'autre, on arrivera,

sous prétexte de favoriser les saisissants, à léser leurs intérêts, car le président se montrera de plus en plus exigeant, sévère; 3^e Le président, en autorisant sa première ordonnance n'agit qu'au provisoire; son autorisation est révocable et elle peut être conditionnelle; la demande en validité se produit donc avec les mêmes caractères; le président peut donc reviser son ordonnance après que le Tribunal est saisi. De ce que l'ordonnance est provisoire et conditionnelle, la demande en validité aura les mêmes caractères, elle sera par là même soumise aux mêmes événements, elle servira de base à la validité de la saisie si elle est maintenue après revision au provisoire; elle sera annihilée au cas contraire (Paris, 11 décembre 1889; *le Droit*, n^o du 21 décembre 1890; Bertin, I, n^{es} 239 et suiv.); qu'on ne nous objecte pas que le président préjudicie au principal en rétractant son ordonnance; il n'a, en effet, statué qu'au provisoire; le créancier peut obtenir quand même un jugement qui sera son titre; ses intérêts ne seront en rien compromis : il ne peut saisir, arrêter, pour le moment, la créance de son débiteur, mais l'obstacle n'est que temporaire; il pourra le lever en faisant juger qu'il est bien créancier et qu'il a droit à la créance. Le seul grief qu'il ait pu subir (si toutefois il y a grief) c'est qu'il ne lui a pas été permis de saisir sans titre. Mais une fois le jugement de validité prononcé, le débiteur ne peut s'en prendre qu'à lui s'il n'a pas agi plus tôt; il a acquiescé tacitement à la demande en validité; il y a à présent une décision de justice qui doit être respectée et qu'une juridiction supérieure peut seule annuler.

La jurisprudence penche pour le deuxième système. Voyez les arrêts cités plus haut (Paris, 1^{er} mai 1893; Toulouse, 22 décembre 1893; Paris, 14 décembre 1892; Lyon,

4 juillet 1888; Cass., 24 février 1892 ¹). Voyez dans le sens de notre système (Paris, 15 décembre 1882; S., 83-2-151) et les trois arrêts de la Cour de Paris cités plus haut (24 avril 1891; 5 décembre 1890, et 22 janvier 1892); enfin (Alger, 7 novembre 1892).

L'ordonnance rendue par le président sur l'opposition, est-elle susceptible d'appel?

Sur cette question recommencent les difficultés; les opinions se donnent libre carrière.

Le point de départ de cette controverse prend sa source dans la question qui consiste à rechercher quelle est la nature de la seconde ordonnance, question sur laquelle on est loin de s'accorder.

1^{er} Système. — Cette deuxième ordonnance, dit-on, n'est pas susceptible d'appel; elle est de la même nature que la première ordonnance dont elle n'est que le complément; c'est donc à la juridiction gracieuse du président qu'elle est également due. Peu importe que le magistrat ait entendu contradictoirement les parties; en vertu de son pouvoir discrétionnaire, il reste maître de s'éclairer comme il l'entend; il a pu subordonner sa première ordonnance à certaines conditions; il a usé de son droit en agissant ainsi, rien donc que de très correct. Les partisans du système qui n'accorde aucune voie de recours à l'ordonnance permettant de saisir soutiennent naturellement cette opinion : La Cour de Paris en a fait des applications, et quelques décisions sont dans ce sens (Paris, 15 décembre 1882; S., 83-2-151; Paris, 20 juillet 1880; S., 82-2-332).

1. *Sic*, Cass., 5 mars 1875; G. P., 95-1-375.

2^e Système. — Dans ce système et pour M. Bertin, la seconde ordonnance participe de la nature du référé; l'appel sera donc possible en vertu de l'art. 809. Nous avons exposé les motifs de ce système qui est celui généralement suivi par la jurisprudence (Aix, 29 novembre 1886; S., 88-2-163; Paris, 24 décembre 1885 et 14 janvier 1886; S., 86-2-36; Cass., 10 novembre 1885; S., 86-1-9; *sic* Bertin, *loc. cit.*; Rousseau et Laisney, v. référé, n^o 244).

3^e Système. — Nous croyons, au contraire, avec la Cour de Lyon (4 juillet 1888; Gaz. du P., 89-1-59) que la seconde ordonnance est bien susceptible d'appel; mais ce que nous contestons, c'est que cette dernière ordonnance participe du référé. Nous nous sommes déjà expliqué sur ce point. Pourquoi avoir recours à des théories plus ou moins subtiles, plus ou moins compliquées, quand le droit commun nous offre une solution facile et simple? La seconde ordonnance n'est que le résultat de l'opposition devant le président, qu'il ait inséré ou non des réserves dans son ordonnance. Cette ordonnance est susceptible d'appel, parce que la voie d'opposition devant le président est épuisée; c'est, comme on le voit, une théorie réduite à sa plus simple expression.

Cet arrêt de Lyon, que nous avons eu plus d'une fois l'occasion de citer, nous paraît un arrêt ayant appliqué sainement le droit; il a énoncé, dans des termes très clairs, sa solution, et n'a pas eu recours à des expressions plus ou moins pompeuses, pour consacrer sa théorie. Nous souscrivons entièrement à cette décision qui nous paraît être un véritable arrêt de principe et nous souhaitons que les cours et tribunaux suivent le chemin indiqué par la deuxième Cour d'appel de France.

En matière de saisie immobilière, l'ordonnance, rendue en

vertu de l'art. 3 de la loi du 14 mars 1808, ne serait susceptible d'appel, de la part de l'exposant, qu'au cas où le président refuserait de la rendre susceptible d'opposition et d'appel de la part du saisi; celui-ci subit, de ce chef, un grief résultant de l'augmentation des frais de procédure.

4° Distribution par contribution et ordre.

A cause de la similitude de principes, qui régit ces deux matières, nous les réunissons dans un seul numéro. Nous commencerons par la distribution par contribution.

a) *Distribution par contribution.* — La distribution par contribution est une procédure qui a pour objet de répartir, entre les créanciers connus d'un même débiteur, les sommes provenant des diverses saisies mobilières; il faut, pour qu'elle soit possible, qu'il y ait lieu à distribution, c'est-à-dire qu'il y ait lieu à répartition de ces sommes entre les créanciers, et que cette distribution se fasse par contribution, c'est-à-dire au marc le franc; il faut que les sommes ne suffisent pas à désintéresser entièrement les créanciers; elle ne peut donc avoir lieu quand la somme à distribuer est plus que suffisante pour rembourser toutes les dettes, alors même que les créanciers ne s'entendraient pas entre eux. Telles sont les règles qu'il nous suffisait de faire connaître.

Dans cette procédure, le président et le juge commis à la distribution sont appelés à rendre des ordonnances.

1° Ordonnance de président nommant un juge-commissaire à la distribution (art. 658);

2° Ordonnance permettant d'ouvrir la distribution (art. 659);

3° Ordonnance de référé statuant sur le privilège du propriétaire;

4° Ordonnance de clôture définitive;

5° Ordonnance renvoyant les parties à l'audience. Ces quatre dernières sont rendues par le juge-commissaire. Il nous faut étudier maintenant chacune de ces ordonnances au point de vue des voies de recours.

1° Ordonnance du président nommant un juge-commissaire à la distribution. — Il sera tenu au greffe un registre des contributions sur lequel un juge sera commis par le président sur la réquisition du saisissant, ou, à son défaut, par la partie la plus diligente. Si le président fait droit à la réquisition, son ordonnance n'est susceptible d'aucun recours; c'est une simple mesure d'instruction; mais le président peut-il refuser d'ordonnancer la requête, et, dans le cas de refus, quel est le recours possible? Cette question, très intéressante, est fort délicate, car, il faut bien le remarquer, la loi parle en termes impératifs, et l'on ne comprend pas que l'on puisse discuter cette question. Elle l'a été cependant, et nous allons voir que la discussion n'est pas si oiseuse qu'elle le paraît tout d'abord.

Certains auteurs, entre autres M. Chauveau, font appel, pour résoudre le problème, à une distinction toute théorique. Nous connaissons déjà la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse du président; il faut en ajouter une troisième, la juridiction mixte. Il y a, en effet, certaines ordonnances que le magistrat doit rendre en vertu de jugements, notamment en matière d'enquête, d'expertise, etc., et d'autres en vertu de la loi; et l'ordonnance dont nous nous occupons fait partie de cette dernière catégorie.

Mais, pour bien comprendre la théorie de la juridiction mixte, il faut voir les motifs invoqués par les deux systèmes opposés : l'un refusant le pouvoir d'appréciation du président, en notre matière, et l'autre l'accordant. Dans une première

opinion, on refuse tout pouvoir d'appréciation au magistrat ; on dit : le président ne statue pas, il est simplement le préposé de la loi ou du tribunal dont il exécute le jugement ; il accomplit une formalité qui ne peut causer aucun préjudice irrévocable. C'est pour le juge une obligation, un devoir formel de remplir l'acte qu'on sollicite de lui ; agir autrement, ce serait commettre un excès de pouvoir, un déni de justice qui rendrait le magistrat passible de la prise à partie. La loi statue en termes impératifs : elle commande, le magistrat doit lui obéir.

Nous croyons que ce système est exagéré et qu'il y a lieu de distinguer entre le cas où le juge exécute une disposition légale et le cas où il agit en vertu d'un jugement. S'agit-il d'un jugement ? le juge commis doit exécuter cette décision sans pouvoir la critiquer ; il ne doit pas se demander si les actes qu'il accomplit sont plus ou moins justes et doit, sous peine de déni de justice et de condamnation disciplinaire, remplir la fonction qui lui est confiée. Ce raisonnement pourra paraître singulier à quelques-uns quand nous soutiendrons que le juge, qui a été chargé par la loi d'accomplir certains actes, pourra avoir un certain pouvoir d'appréciation pour les discuter ; car, enfin, la loi est souveraine. Si le jugement est exécutoire, la loi l'est à plus forte raison ; elle doit être respectée et obéie ; elle ne supporte pas qu'on puisse la discuter.

Nous répondrons à ces arguments : quand la loi a ordonné, elle a statué « *Quod plerumque fit*, » elle n'a pas prévu et elle n'a pu prévoir les cas de fraude ; c'est au juge qu'il appartient de les prévenir et de les empêcher, et, si l'on veut prendre pour exemple notre matière : supposons un créancier qui veuille ouvrir une distribution par contribution parce qu'il est en désaccord avec ses autres cocréanciers (il y a, d'ailleurs, somme suffisante pour les désintéresser

tous), il requiert, dans ce cas, une ordonnance du président pour nommer un juge-commissaire. Peut-on se figurer ce magistrat agissant, sachant que la loi est violée; il ne va pas pouvoir s'opposer à ce que le requérant expose des frais inutiles; il ne va pas pouvoir lui démontrer l'erreur dans laquelle il se trouve.

En matière d'ordre, s'il se trouve moins de quatre créanciers, on suit une procédure spéciale. Si un créancier requiert, dans ce cas, l'ouverture de l'ordre, le président ne va pas pouvoir s'opposer à ce que la loi elle-même soit violée. On arrive, on le voit, à des conséquences iniques et assez singulières, car on forcera celui qui doit appliquer la loi à en faire une fausse application. Quand, au contraire, il y a jugement, le Tribunal a déjà apprécié la cause; il a pu discerner si en principe elle était fondée; il a rendu une décision ordonnant certaines mesures destinées à dissiper le restant de doute qui peut exister dans son esprit; il veut éclairer sa religion pour statuer en pleine connaissance de cause; le juge qu'il commet pour l'aider dans sa tâche n'est que son préposé; il doit donc veiller à l'exécution des mesures ordonnées et il ne peut, de sa simple volonté, retrancher ce qui lui paraît inutile ou injuste. Mais, quand la loi a prescrit certaines mesures, elle a indiqué les conditions dans lesquelles doit se trouver celui qui les requiert. Si donc, le président doit obéir à l'aveugle, n'est-ce pas en faire le complice d'une procédure coûteuse, vexatoire et inutile?

M. Chauveau avoue être très embarrassé pour prendre parti, et il invoque cette juridiction mixte pour montrer que le refus n'est pas sans recours.

« Il existe, dit ce savant auteur, une juridiction mixte qui » n'est pas entièrement contentieuse, puisqu'il n'y a pas de » débats contradictoires et qu'une seule partie est en cause,

» mais qui n'est pas complètement gracieuse, puisque le
» pouvoir d'appréciation laissé au magistrat n'est pas absolu
» et sans contrôle. C'est dans cette dernière classe que je
» range les cas prévus par les art. 658 et 750 du Code de
» procédure civile. »

Est-il bien nécessaire de recourir à cette juridiction mixte pour accorder le recours. De ce que nous donnons un pouvoir d'appréciation au juge, il ne faut pas oublier que c'est la loi qui lui ordonne d'agir après avoir vérifié si toutes les prescriptions légales sont remplies : le président peut commettre des erreurs, il peut nuire aux intérêts du requérant en refusant la distribution par contribution ; il est donc tout juste de permettre à ce dernier d'obtenir une réformation ; ce sera l'appel, puisque c'est l'exposant lui-même qui a comparu devant le magistrat.

2° Ordonnance rendue par le juge commis pour permettre de sommer les créanciers de produire. — Simple mesure d'instruction. Recours en cas de refus seulement.

3° Ordonnance qui statue sur le privilège du propriétaire. — D'après l'art. 661 du Code de procédure civile, le propriétaire n'est pas obligé d'attendre la clôture de la distribution pour toucher ses fermages ; il peut, dit la loi, faire statuer en référé, sur son privilège. On est d'accord, en doctrine et en jurisprudence, pour accorder une voie de recours. L'appel seul est possible ; l'opposition ne saurait, en effet, être admise, soit qu'on la considère comme ordonnance de référé, soit qu'on la regarde comme incident de contribution ¹. L'intérêt qui existe à savoir quelle est sa véritable

1. Quel que soit le système que l'on adopte sur la nature de cette ordonnance, le magistrat ne pourra jamais connaître de l'opposition (art. 809 et 666 du Code de procédure civile).

nature, naît au point de vue du délai de l'appel; nous n'avons pas à nous occuper de cette question (Rouen, 30 avril 1880; S., 81-2-245; Cass., 26 janvier 1875; S., 75-1-115; Patron, II, n^{os} 69 et suiv.).

4^o Ordonnance de clôture définitive. — Après l'expiration d'un certain délai, le juge-commissaire dresse le règlement provisoire; le poursuivant dénonce ce règlement provisoire aux divers créanciers qui ont un délai pour y contredire. De deux choses l'une : ou il y a contestation; nous verrons tout à l'heure, dans ce cas, comment se passent les choses; ou bien il n'y a pas de difficultés; le juge rend alors une ordonnance de clôture définitive. En principe, cette ordonnance n'est pas susceptible de voie de recours, car elle consacre un accord tacite intervenu entre les divers créanciers, et un créancier ne saurait, en aucun cas, être admis à rouvrir des débats sur la distribution en attaquant l'ordonnance de clôture.

Mais ce principe n'est vrai qu'autant que l'ordonnance reproduit fidèlement et exactement le règlement provisoire. Si le juge-commissaire venait, en arrêtant définitivement la distribution, à s'écarter en quoi que ce soit de son règlement provisoire, il y aurait lieu à un recours, car on comprend que l'accord tacite, fondé sur certaines bases, n'aura plus raison d'exister si on vient à détruire ce sur quoi il se fondait. La seule voie de recours est, pensons-nous, l'opposition. Vu la similitude qui existe entre les deux procédures, nous n'hésitons pas à appliquer l'art. 767 en matière d'ordre, à la distribution par contribution. C'est, du reste, ce qu'a jugé la Cour de Paris le 5 mars 1872 (J. des Av., t. XCVII, p. 395), et la Cour suprême s'est également prononcée en ce sens (Cass., 13 novembre 1861; J. des Av., t. LXXXVII, p. 3).

La Cour de Paris, il est vrai, s'était prononcée pour l'appel (Paris, 20 juillet 1844; P. 44-2-608), mais cet arrêt ne saurait être retenu; il est antérieur à la loi du 21 mai 1858 modifiant l'art. 767. Nous reviendrons sur ce point en étudiant cet article.

5° Ordonnance renvoyant les parties à l'audience. — S'il s'élève des difficultés, le juge-commissaire renverra à l'audience. Cette ordonnance étant une simple mesure d'ordre, elle ne fait grief à personne; donc elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.

L'analogie étant souvent complète entre l'ordre et la distribution par contribution, nous renvoyons à l'ordre l'étude de l'ordonnance rendue après contredit.

b) Ordre. — L'ordre suppose plusieurs créanciers privilégiés ou hypothécaires, qui se disputent le prix du ou des immeubles affectés à leurs privilèges ou hypothèques. Cette procédure est très compliquée, et nous n'avons pas pour but d'en décrire toutes les phases. Elle a été modifiée par la loi du 21 mai 1858.

Le président et le juge-commissaire ont à rendre plusieurs ordonnances. Nous suivrons la marche tracée pour la procédure de distribution, avec laquelle, nous l'avons déjà dit, elle présente les plus grandes analogies.

1° Ordonnance du président commettant un juge à l'ordre dans les tribunaux où ce magistrat n'est pas nommé par décret. — Mêmes observations que celles que nous avons données à cette place (v. distribution par contribution).

2° Règlement provisoire. — Si tous les créanciers sont d'accord, le juge-commissaire rend une ordonnance de clôture

provisoire (procès-verbal de clôture). Cette ordonnance n'est susceptible d'aucun recours.

Si les créanciers n'ont pu se régler entre eux, alors a lieu la procédure d'ordre forcé.

Comme dans la distribution par contribution, le juge va rendre un règlement provisoire qui sera accepté ou contesté.

S'il ne s'élève aucune contestation, le juge-commissaire rend une ordonnance de clôture définitive, et nous ne ferons que répéter ce que nous avons dit sur cette ordonnance (v. contribution).

Mais ici, au point de vue de la voie de recours, nous avons un texte, l'art. 767 étendu à la procédure de distribution.

Dans les trois jours de l'ordonnance de clôture, l'avoué poursuivant la dénonce aux créanciers; l'opposition doit avoir lieu dans la huitaine de la dénonciation de cette ordonnance.

C'était une question fort controversée, avant la loi de 1858, de savoir quelle était la voie de recours permise.

Certains auteurs et quelques décisions de Cours d'appel (c'était le petit nombre) s'étaient prononcés contre tout recours; mais pour accorder soit l'opposition, soit l'appel, en examinant le nombre des auteurs et des arrêts, on peut facilement dire que les deux systèmes luttaient à armes égales.

Les partisans de l'appel soutenaient que le juge-commissaire rendait une véritable décision judiciaire en prononçant des déchéances, en prescrivant la radiation des hypothèques, en ordonnant la délivrance des bordereaux de collocation; il remplace, disait-on, le Tribunal dont il est le délégué, qui est, par conséquent, censé avoir rendu ce jugement; on ne peut donc aller devant le Tribunal par voie d'opposition; ce serait lui demander de se réformer lui-même; il est donc plus convenable de s'adresser au juge supérieur, de suivre

les règles de la hiérarchie judiciaire; c'est donc l'appel et l'appel seul qui doit être permis.

Les partisans de l'opposition répondaient qu'il importe peu que le juge-commissaire remplisse tous les actes que nous venons d'énumérer; il est, sans doute, le délégué du Tribunal, mais il n'en remplit pas les fonctions, il ne le représente pas. La loi lui confère certains droits et l'en charge exclusivement, il n'y a rien là qu'un travail qui peut appartenir à un seul juge, et rien qui ne rentre dans les fonctions du Tribunal. S'il vient à se tromper sur l'étendue de sa mission, s'il commet des erreurs, pourquoi ne pas aller devant le Tribunal? C'est un moyen simple et rapide, il y aura économie de temps et d'argent.

Comme nous l'avons déjà dit, c'est ce dernier système qu'a consacré le législateur dans l'art. 767. Voici en substance comment s'exprimait le rapporteur :

Les créanciers, qui n'ont pas contredit au règlement provisoire, ne peuvent, sous prétexte d'attaquer l'ordonnance de clôture, remettre en question l'ordre tout entier; mais l'opposition, au contraire, doit être admise lorsque cette ordonnance de clôture, soit par erreur, soit par excès de pouvoir, ne se trouve pas entièrement conforme à l'état provisoire, non contesté (*sic*, Toulouse, 13 mars 1890; D., 91-2-271).

3° *Renvoi à l'audience.* — Comme en matière de distribution et pour les mêmes motifs, le renvoi a lieu à l'audience. Mêmes principes également.

4° *Clôture définitive.* — Une fois le contredit vidé par le Tribunal et par la Cour, s'il y a eu arrêt, le juge-commissaire doit alors rendre son ordonnance de clôture définitive. Cette ordonnance sera également susceptible d'opposition, comme

l'ordonnance de clôture, rendue sur le règlement provisoire, si, par exemple, le juge-commissaire ne s'est pas conformé à l'arrêt ou au jugement.

L'opposition sera portée devant le Tribunal, dont le juge-commissaire fait partie, alors même qu'il aurait été rendu un arrêt infirmatif (Chambéry, 25 août 1864; D., 64-5-265) la loi en effet attribue compétence exclusive au Tribunal.

Si cette opposition est rejetée, tout est fini, le procès-verbal de clôture devient définitif. Si l'opposition est admise, le Tribunal rendra un jugement, indiquant à nouveau comment il entend régler l'ordre. Le juge-commissaire va rendre alors une nouvelle ordonnance. Cette ordonnance sera-t-elle susceptible d'opposition? La question est fort intéressante, elle ne s'est pas présentée, en pratique du moins, à notre connaissance.

On a prétendu que l'on devait appliquer ici l'art. 165, qui consacre la maxime « opposition sur opposition ne vaut. » qui répute le second jugement contradictoire.

La situation n'est pas la même en notre matière toute spéciale, et ce qui le prouve bien c'est que l'opposition dans le sens où l'emploie l'art. 165 n'est pas possible.

Le mot opposition n'est pas exact dans l'espèce; la loi devait dire demande en nullité de l'ordonnance. Le créancier n'a jamais laissé défaut, et il agit même par action principale.

L'art. 165 établit une déchéance, car enfin il faut bien mettre fin aux procès; ici on ne peut reprocher à l'opposant sa procédure antérieure, puisqu'il veut justement qu'elle reçoive son exécution. On ne saurait lui reprocher d'empêcher par ses agissements la délivrance des bordereaux de collocation, puisque ce n'est pas par son fait que l'ordonnance a été annulée. M. Chauveau admet le recours *in infinitum* en répondant à cette objection, tirée de ce que la procédure est

éternisée. Le savant auteur ajoute, question 2604 *ter* : « Cela » est encore plus invraisemblable qu'une nouvelle erreur, et » ce n'est pas d'ailleurs une raison suffisante pour ajouter » une fin de non-recevoir à un texte de loi. »

Avec ce système, on pourrait éterniser la procédure, car le juge-commissaire pourrait maintenir son opinion et le Tribunal persister dans son jugement.

Voici comment nous croyons devoir résoudre cette difficulté :

L'ordonnance, rendue sur le deuxième jugement admettant l'opposition, ne peut être définitive, et, nous nous conformons à l'idée générale qui a inspiré le législateur dans cette procédure, à savoir que la connaissance de toute difficulté est enlevée au juge-commissaire pour en porter la connaissance au Tribunal. Nous dirons donc que l'ordonnance rectificative n'annule pas l'ordonnance de clôture; elle ne l'informe que sur les points contestés; c'est un incident d'ordre qui va s'élever de nouveau, incident qui, suivant le vœu de la loi, doit être porté à l'audience.

Mais, il faut en finir, il ne faut pas que le procès s'éternise.

Sur la deuxième opposition, le Tribunal rendra un second jugement, et la troisième ordonnance devra en être la reproduction textuelle. Le juge fera l'office de simple mandataire, il devra se conformer en tous points à ce jugement.

S'il y avait eu appel du deuxième jugement rectificatif, ce serait à l'arrêt que devrait se conformer le juge-commissaire.

Par là, nous rejetons deux systèmes, l'un qui rendait l'ordonnance rectificative susceptible d'appel *de plano*, le deuxième système qui n'admettait que le pourvoi en cassation.

5^e Ordonnances en matière de taxe.

Conformément à l'art. 1042 du Code de procédure civile, plusieurs décrets d'administration publique sont intervenus à la date du 16 février 1807. Le premier décret fixe les honoraires des actes faits en vertu du Code de procédure; le deuxième décret, celui dont nous parlerons seulement s'occupe de la taxe et de la liquidation des dépens et des voies de recours, le troisième est sans importance en notre matière.

Lorsqu'un officier ministériel veut faire taxer ses frais en matière ordinaire et obtenir, s'il y a lieu, exécutoire, il doit suivre la procédure indiquée par les art. 1 et suivants du deuxième décret de février 1807.

Le président ayant connu l'affaire, ou le juge qui le remplace, rend une ordonnance de taxe qui sert de base à l'exécutoire. Cette ordonnance est susceptible d'opposition et par l'officier ministériel qui a requis la taxe, et par les parties dans les trois jours de l'exécutoire signifié à avoué. L'affaire est jugée sommairement en Chambre du conseil, et ce jugement n'est pas susceptible d'appel, à moins qu'il n'y ait appel de quelques dispositions sur le fond, art. 6, même décret.

Comme on le voit, tout ceci est un peu particulier à la taxe, et, par conséquent, fait exception au droit commun, nous sommes dans une matière spéciale, régie par des règles spéciales, aussi devons-nous nous garder avec soin de les étendre au delà des limites fixées par le législateur.

De ces généralités, nous pouvons poser le principe suivant : c'est que, toutes les fois qu'il s'agit de matière de taxe, le législateur a permis l'opposition et a déterminé la juridiction compétente, pour connaître de cette opposition, mais il a prohibé l'appel, en principe du moins. Cette règle devra nous guider dans nos observations.

Cette opposition se manifeste d'une manière assez critiquable, quand il y a avoué en cause ; c'est, dit le décret, dans les trois jours de la signification de l'exécutoire à avoué. Pourquoi ne pas faire courir ce délai du jour de la signification de l'exécutoire à partie ? Qu'il soit de trois jours ou de huitaine si l'on veut, il peut arriver que, par oubli, l'avoué omette de prévenir son client. Toute réformation de la taxe est alors impossible pour la partie.

Ceci posé, il faut se demander maintenant dans deux matières où la question des dépens doit recevoir une solution, quelle marche on doit suivre pour recourir contre l'ordonnance du président, en matière de taxe, nous voulons parler du désistement et des honoraires des experts.

a) *Désistement.* — La partie qui se désiste est de plein droit condamnée aux dépens, elle y est contrainte sur simple ordonnance du président mise au bas de la taxe, parties présentes ou appelées par acte d'avoué à avoué (art. 403). Cette ordonnance, si elle émane d'un tribunal de première instance, est exécutoire, nonobstant opposition ou appel ; elle est exécutoire, nonobstant opposition si elle émane d'une Cour. Cet article est mal rédigé, on voit qu'il a substitué à tort, dans sa seconde partie, les mots Tribunal et Cour, à ceux de président du Tribunal ou président de Chambre. Cette mauvaise rédaction a soulevé une question beaucoup plus délicate. Quelle juridiction doit connaître de l'opposition ? L'article reste muet à ce sujet et même on se pose la question de savoir si l'opposition est toujours possible.

Dans un premier système, on dit que le Code a organisé une procédure spéciale, pour régler les dépens lorsqu'il s'agit de désistement ; il a voulu que les parties fussent présentes, lorsque le président rendra son ordonnance de taxe,

pour qu'elles puissent discuter les états de frais, et le président ne doit statuer en l'absence d'une des parties, que sur la représentation de l'avenir donné par acte d'avoué à avoué. Si l'une des parties ne comparait pas, le président donnera défaut contre elle, et elle seule pourra frapper d'opposition l'ordonnance de taxe devant le président lui-même; quant à la partie qui a comparu, elle n'aura d'autre recours que l'appel, c'est, autrement dit, l'application du droit commun. M. Chauveau, qui avait tout d'abord combattu l'opinion de Carré, qui enseignait l'application de l'art. 6 du décret de 1807, est revenu sur son opinion et a suivi le système professé par l'éminent doyen de la Faculté de Rennes. « Comme » il ne s'agit en définitif, dit le savant auteur, que d'un » règlement de dépens et que l'ordonnance d'exécutoire, » avec certaines formes exceptionnelles, ne perd pas son » caractère d'exécutoire, il m'a paru juste et rationnel » d'admettre contre elle les voies de recours que le deuxième » décret de 1807 autorise en matière de taxe. » Il invoque ensuite, comme raison à l'appui de son opinion, que c'est un moyen simple et rapide, d'en référer de l'appréciation d'un seul magistrat au jugement du Tribunal.

Nous pensons aussi que c'est cette idée qui doit être suivie, nous l'avons dit en commençant, et nous ne saurions trop le répéter toutes les fois qu'il s'agit d'un recours sur la question de taxe, nous avons un texte qui forme le droit commun en cette matière exceptionnelle, c'est l'art. 6 du décret de 1807. La loi a statué « *quod plerumque fit*, » elle a voulu que l'ordonnance de taxe fût à la fois susceptible de recours, mais elle a voulu aussi que l'on n'éternise pas la solution de la question en longueur. Elle a permis l'opposition, voie rapide et peu coûteuse; en principe, elle a prohibé l'appel, voie qui exige plus de lenteur et une procédure plus dispendieuse.

Si ce texte est exceptionnel et s'il doit en conséquence recevoir une application restrictive, il ne faut pas cependant en rejeter l'application dans les hypothèses prévues par le Code de procédure et visant des cas analogues à ceux des art. 1 et suivants de ce deuxième décret. Or, l'art. 403 n'a-t-il pas pour but de permettre à l'avoué adverse du désistant d'arriver à la liquidation de ses dépens, situation identique à celle prévue par le deuxième décret, faisons-lui donc l'application de l'art. 6. L'art. 1042 du Code de procédure civile, en disant que des règlements d'administration publique seront rendus pour la taxe des frais qui sont exposés suivant le présent Code, ne comprend-il pas l'art. 403; la manière d'arriver à la liquidation tombe certainement sous l'application de l'art. 6. Le Code et le tarif forment un tout, l'un est le principal, l'autre l'accessoire indispensable. Pour toutes ces raisons, nous concluons donc que l'ordonnance de taxe sera susceptible d'opposition et par la partie qui requiert taxe et par le désistant alors même qu'il aurait comparu devant le président, l'opposition aura lieu suivant les délais formés et compétences indiquées audit article.

Un auteur, M. Boucher-d'Argis (Dictionnaire de la taxe, pp. 216-217) enseigne une théorie que nous avouons ne pas bien comprendre, la distinction qu'il propose étant pour nous absolument inadmissible. S'il s'agit d'une ordonnance rendue par un président du Tribunal, l'opposition ne sera recevable qu'autant qu'elle est rendue par défaut. S'agit-il, au contraire, d'une ordonnance rendue par un président de Chambre, elle sera toujours susceptible d'opposition. Ce système pourrait paraître acceptable si l'appel était toujours possible, mais nous arrivons à cette voie de recours, et nous allons voir que le système que nous critiquons peut avoir des inconvénients. Voyez, dans le sens de l'opinion que nous avons soutenue, Cass., 2 avril 1811.

Sur l'appel, nous n'avons que quelques mots à dire. Il est évident que les dispositions prohibitives de l'appel du deuxième décret ne sont pas applicables en l'espèce, puisque le désistement a justement pour but d'empêcher un jugement, mais l'appel ne sera toutefois possible que sous les deux conditions suivantes : 1° Les dépens en litige sont supérieurs à 1,500 fr.; 2° La voie de l'opposition a été épuisée.

Devant certaines juridictions, il est d'usage de prendre un jugement ou arrêt de désistement, au lieu de suivre la procédure indiquée par l'art. 403; il est évident que, dans ce cas, l'art. 6 reçoit sans difficulté son application. Quant à l'appel, conformément à notre texte, nous le croyons irrecevable et ici la possibilité du recours ne pourra jamais être envisagée puisque le fonds ne sera jamais jugé.

Cette manière de procéder, outre qu'elle ne nous paraît pas légale et que nous ne saurions trop la critiquer, produit une conséquence fâcheuse, quant aux dépens, elle supprime l'appel¹, aussi, voudrions-nous voir les Cours et les Tribunaux refuser comme inutile, comme entraînant des frais frustratoires, le jugement de décerner acte de l'acceptation d'un désistement : procédure, nous ne craignons pas de le dire, à laquelle les mandataires des parties ont recours, non pas dans l'intérêt de leurs mandants, mais plutôt dans la perspective des significations, de retrait de grosse, etc. On peut juger maintenant quels seraient les inconvénients du système de M. Boucher-d'Argis.

b) *Expertise*. — Nous traiterons tout d'abord de l'expertise en matière civile et, en terminant, nous dirons deux mots de l'expertise en matière commerciale.

1. Dans l'hypothèse que nous indiquons au texte, c'est l'art. 6 du décret de 1807 qui devient applicable; l'art. 403 du Code de procédure civile ne peut plus être d'aucune utilité.

L'art. 319 du Code de procédure civile fournit un moyen rapide aux experts de se faire payer leurs honoraires. Dès le dépôt de leur rapport au greffe, ils peuvent faire taxer leurs frais et obtenir exécutoire contre la partie qui a requis ou poursuivi l'expertise ; ils ont la faculté d'attendre, que le procès soit jugé au fond pour se faire régler par la partie condamnée. Dans la seconde hypothèse, pas de difficulté ; mais il n'en est pas de même dans le cas où le président rend son ordonnance en vertu de l'art. 319. Bien des systèmes sont soutenus : les uns veulent que l'ordonnance ne soit pas susceptible d'opposition, on ne peut y recourir que par la voie de l'appel. D'autres veulent bien appliquer l'art. 6, mais refusent d'accorder compétence à la Chambre du conseil, ou bien ne veulent pas accepter le délai de trois jours et exigent le délai de huitaine. Résumons brièvement toutes ces opinions qui peuvent se ramener à deux, l'une revendiquant l'application du droit commun, l'autre étant en faveur de l'art. 6.

Il est incontestable que l'expert doit avoir une voie de recours contre la taxe, car, n'étant pas partie au jugement, il ne lui serait jamais possible d'élever aucune réclamation contre une ordonnance qui peut être injustement rendue. Aura-t-il l'opposition ? Aura-t-il l'appel ? Dans un premier système qui demande l'application du droit commun, on dit : L'art. 319 du Code de procédure civile et l'art. 6 ont prévu deux cas tout à fait distincts. L'art. 6, ainsi que les cinq articles qui le précèdent, ne s'occupent que des avoués ; ils ont pour but de permettre à ces officiers ministériels de faire liquider leurs dépens. L'art. 319, au contraire, s'occupe des experts, il indique une procédure spéciale pour ces auxiliaires de la justice, quant au paiement de leurs honoraires, mais il reste muet sur la voie de recours. Qu'est-ce à dire ? Qu'il faut appliquer le droit commun.

L'art. 6 constitue une exception grave, prohibant l'appel au-dessus de 1,500 fr., et les art. 1 à 5 du deuxième décret de 1807, supposant qu'il y a eu jugement rendu au fond; la prohibition de l'art. 6, au point de vue de l'appel, ne doit recevoir application que dans ce cas. Mais alors, si l'on admet le droit commun, il faut être logique jusqu'au bout, admettre l'opposition devant le juge taxateur et appel devant la Cour siégeant en audience publique, tandis que les partisans de ce système admettent l'opposition portée devant le Tribunal civil siégeant en audience publique (appel devant la Cour; Sorel sur Boucher-d'Argis, v. expert, p. 268, n° 6; Bertur, Chambre du conseil, n° 1411, en ce sens; Nancy, 1^{er} décembre 1829; Bourges, 9 janvier 1832).

Ce système est à peu près abandonné aujourd'hui, et la doctrine et la jurisprudence admettent constamment l'application du deuxième décret de 1807.

Deux décisions nous semblent avoir posé les vrais principes de la matière. Ce sont deux arrêts : l'un de la Cour de Paris du 31 janvier 1843 (S., 43-1-58), l'autre de la Cour de cassation du 19 janvier 1886 (S., 86-1-56). Nous les résumons en les combinant, on en déduit les motifs suivants :

Les art. 544 et 1042 ont renvoyé à des règlements d'administration publique pour déterminer et liquider les dépens; deux décrets sont intervenus le 16 février 1807, l'un tarifant les différents actes, l'autre fixant le mode de liquidation et les voies de recours. Ces deux décrets font partie intégrante du Code de procédure civile et se complètent l'un par l'autre. Les art. 159 et suivants du premier décret au chapitre VI, taxent les vacations dues aux experts et il s'en suit tout naturellement que la liquidation doit se faire, conformément au deuxième décret qui a pour but d'arriver à liquider les dépens conformément au premier décret. On invoque le silence de

l'art. 6 dans le système adverse, mais c'est un mauvais moyen; l'art. 319 avait déjà tranché la question en disant que les vacations des experts seraient taxées par le président au bas de la minute. L'art. 6 eût donc commis une répétition. Enfin, un dernier motif : si l'on refuse aux experts le recours en la Chambre du conseil, on va les exposer à des procès longs et coûteux, on va permettre un débat public sur une question de taxe, ce qui est contraire à la loi et peu conforme à la mission qui leur est confiée. —

Ces motifs nous semblent absolument péremptoires et nous y souscrivons sans réserve (Bonnesœur, Manuel de la taxe, p. 232, 5^e question; Bioche, v. expert, n^o 167). Ajoutez aux arrêts de la Cour de cassation et de la Cour de Paris déjà cités : Lyon, 18 décembre 1885; S., 86-2-153; Nancy, 26 janvier 1889; S., 90-2-18; Riom, 13 mai 1889; G. P., 89-2-262. Quant aux délais, nous exigerons le délai de trois jours et non de huitaine, qui commencera à courir du jour où la taxe sera signifiée à la partie, ou du jour où la partie l'aura signifié à l'expert. Voyez, en ce sens, les arrêts de Lyon, de Nancy et de Paris, ci-dessus cités.

L'arrêt de la Cour de cassation de 1886 et celui de Riom de 1889 laissent la question sans être résolue. Voyez, pour le délai de huitaine, Cass., 2 avril 1811; Nancy, 1^{er} décembre 1829; Boucher-d'Argis, v. expert, p. 268, n^o 6; Rousseau et Laisney, v. expertise, n^o 107.

Mais, faisant une application du principe que la procédure de l'art. 6 est une procédure exceptionnelle, la Cour de cassation, dans son arrêt de 1886, juge que la Chambre du conseil est incompétente pour trancher la question de savoir si l'opposant doit supporter la totalité ou seulement une partie des dépens, c'est une question d'interprétation de jugement qui ne peut appartenir qu'au Tribunal jugeant en audience ordinaire.

Il en est de même lorsque s'élève la question de savoir si l'expert, usant de la procédure indiquée par l'art. 319, a procédé comme mandataire de la partie contre laquelle l'exécutoire a été délivré (Paris, 18 décembre 1885; G. P., 86-4-601). Ces deux décisions montrent bien que l'art. 6 est de droit exceptionnel et doit recevoir une application restrictive.

Une difficulté paraît s'élever sur l'application du deuxième décret de 1807, quand l'expert est nommé par le juge des référés. La Cour de cassation et la Cour de Paris sont en désaccord sur ce point. Tandis que la Cour de cassation, dans l'espèce jugée par elle, le 19 janvier 1886, ne semble pas se préoccuper, pour déterminer la compétence de la Chambre du conseil, du point de savoir si l'expert a été nommé au cours d'une instance au principal ou au cours d'une instance en référé, la Cour de Paris refuse à l'expert, nommé dans ce dernier cas, la compétence de la Chambre du conseil. Les motifs de la Cour nous paraissent spéciaux : « Considérant que le deuxième » tarif du 16 février 1807, avec la procédure exceptionnelle » qu'il comporte pour assurer le recouvrement des dépens » taxés en vertu du tarif du même jour, ne vise que les » dépens liquidés et jugés en matière sommaire ou taxés en » matière ordinaire, et ne dit rien des frais faits en référé. » Que, d'autre part, l'art. 319 du Code de procédure civile, » en réglant au titre des rapports d'experts la délivrance de » l'exécutoire, suppose toujours l'existence d'instance en- » gagée au fond, soit que l'expertise ait été requise, soit » qu'elle ait été ordonnée d'office » (Cour de Paris, 5^e Chambre, Cons., 18 décembre 1885). Si l'on admet cette théorie, à savoir que le deuxième décret ne vise pas les dépens exposés en référés, les avoués, pas plus que les experts, ne pourront se faire taxer, mais ce motif est erroné, nous dirons plus, il est anti-juridique et a sans doute passé

inaperçu à la Chambre du conseil. Le tarif a taxé les frais faits en matière sommaire, l'art. 1^{er} du deuxième décret indique le mode de liquidation en matière sommaire. Or, parmi les matières sommaires, on trouve les matières qui requièrent célérité et parmi elles, en première ligne, viennent les référés. Du reste, nous nous sommes expliqué sur les liens intimes qui unissent le Code de procédure aux deux décrets de 1807, on pourrait encore invoquer cet argument.

Une considération de fait vient s'ajouter à ces considérations de droit. Pourquoi traiter autrement l'expert nommé en référé? n'est-il pas, dans ce cas, l'aide de la justice; c'est parce qu'on lui demande un dépôt rapide de son rapport, un surcroît de travail, qu'on va le traiter moins favorablement.

L'arrêt de la Cour de Paris, cité plus haut, est une décision isolée et nous croyons que s'il eût été déféré à la Cour suprême, cette dernière n'aurait pas manqué de l'annuler.

Il nous faut maintenant nous occuper des experts nommés par les tribunaux de commerce, ils peuvent également profiter, soit de l'avantage que leur offre l'art. 319 du Code de procédure civile, soit attendre que le procès soit vidé au fond. Mais il ne faut pas oublier que nous sommes en matières sommaires et que, si l'expert attend la solution sur le fond, ses dépens ne pourront plus être taxés par le président, mais liquidés dans le jugement; si, au contraire, l'expert agit en vertu de l'art. 319, la taxe devra être faite par le président, exécutoire délivré par lui et opposition dans les trois jours de la signification à partie, devant le Tribunal de commerce en Chambre du conseil.

Mais, ces points sont controversés, et nous devons fournir quelques explications. On a, en effet, contesté bien des choses : la compétence du Tribunal de commerce, soit en audience publique, soit en Chambre du conseil, pour connaître

de l'opposition. On a donné au président le droit de délivrer un exécutoire.

Reprenons ces deux questions sur la taxe. Deux opinions se trouvent en présence. Un jugement du Tribunal civil de la Seine, en date du 1^{er} juillet 1858, refuse au juge commercial le droit de taxer les dépens exposés devant lui pour les frais d'expertise :

« Attendu, dit le Tribunal, que les art. 159 et suivants du » tarif civil, relatif aux expertises, sont généraux et absolus, » qu'ils s'appliquent, à défaut de dispositions spéciales, à tous » les actes pouvant rentrer directement ou indirectement » dans les prévisions du Code auquel le tarif se réfère, qu'il » est reconnu en jurisprudence, et qu'il résulte du tit. XXV » que les tribunaux de commerce eux-mêmes puissent dans » ce Code les règles générales d'instruction ; que, dès lors, » le juge délégué a pu régulièrement procéder à la taxe. »

Dans l'espèce, la taxe avait été faite par le juge civil. Cette décision ne doit pas être acceptée, elle porte tout d'abord atteinte à l'indépendance des diverses juridictions entre elles ; ensuite, nous nous figurons difficilement un juge civil qui n'a pas connu de l'affaire commerciale, qui n'a pas nommé les experts qui, par conséquent, n'a pu apprécier, ni déterminer leur mission, être appelé à taxer des honoraires, ne pouvant se rendre un compte exact de leur légitimité ou de leur exagération. Aussi, la jurisprudence, au moins dans une décision récente, est-elle contraire à ce jugement (Trib. civ. de Rennes, 6 décembre 1892, confirmé sur arrêt, Rennes ; 12 décembre 1893 ; Rec. de Rennes, 94-60).

Le président du Tribunal de commerce a-t-il compétence, ayant taxé un état de frais, pour délivrer exécutoire ; ces questions, qui semblent un peu étrangères à notre sujet, s'y rattachent cependant au point de vue de l'appel ; du reste, nous

serons bref. Non, dit la Cour de Bordeaux (3 juin 1867; S., 68-2-40). La Cour de Rennes paraît avoir admis une théorie contraire dans un arrêt du 25 juin 1844 (S., 45-2-17 (motifs); *sic*, Dutruc, Dictionnaire du droit commercial; v. arbitre; rapporteur, n° 12; Rousseau et Laisney, *eod. verb.*, n° 43). Nous ne trancherons pas la question qui n'offre aucun intérêt à notre matière, mais supposons qu'un exécutoire soit délivré, comment vont se passer les choses? Nous arrivons ainsi à notre seconde question sur la compétence.

Nous pensons que quand il s'agit d'une simple question de *quantum*, l'opposition, qu'elle soit faite à un exécutoire délivré avant le jugement ou après le jugement sur le fond (il est de toute évidence que l'expert, le jugement sur le fond rendu, ne peut, en vertu de la grosse, faire commandement), l'opposition, disons-nous, doit être portée devant le Tribunal de commerce, en Chambre du conseil, dans les trois jours de la signification de l'exécutoire; c'est ce qui résulte implicitement du jugement du Tribunal civil de Rennes, de 1892, et c'est ce qu'on a, cependant, discuté, car on a opposé à ce principe un autre principe duquel il ressort que les tribunaux de commerce ne peuvent connaître des difficultés relatives à l'exécution de leurs jugements; l'opposition, d'après cette dernière opinion devrait avoir lieu devant le Tribunal civil. Les motifs que nous avons indiqués plus haut, à savoir : le principe de l'indépendance des juridictions, l'impossibilité par le juge d'apprécier la taxe retrouvent, ici, leur application. D'ailleurs, est-ce connaître de l'exécution du jugement que de réduire la taxe? Les dépens sont l'accessoire de la condamnation, mais celle-ci, tant qu'à son exécution, est indépendante des frais : Il s'agit de liquider définitivement les dépens. Si le Tribunal de commerce peut les

taxer, il peut implicitement les maintenir ou les diminuer, si l'opposition lui paraît fondée.

Mais que faut-il décider dans le système qui ne reconnaît pas au président le droit de délivrer un exécutoire? C'est ici que nous faisons appel à nos souvenirs personnels, cette question s'étant présentée dans une affaire où nous occupions comme avoué. Le Tribunal de commerce de Rennes saisi d'une demande en liquidation de société avait nommé un expert chargé de rétablir la comptabilité pour pouvoir statuer ensuite sur cette demande.

Il statua, en effet, sur le fond, puis; plus tard, l'expert désirant toucher ses honoraires, fit taxer son mémoire par le président du Tribunal de commerce qui délivra en même temps exécutoire. Opposition de la part des anciens associés prétendant que le président était incompétent pour délivrer exécutoire et demandant, ensuite, une réduction de la taxe. Où devait se porter l'opposition? Devant la Cour, par voie d'appel, dit l'arrêt de Bordeaux de 1867 ¹; devant le Tribunal de commerce, dit l'arrêt de Rennes de 1844.

On alla devant le Tribunal civil, seule juridiction non indiquée par les arrêts. Mais, nous avons un motif pour agir ainsi : Dans une précédente affaire, la même difficulté s'était élevée, le président avait taxé les frais de l'expert et avait délivré exécutoire; les parties firent opposition et portèrent cette opposition devant le Tribunal de commerce de Rennes. Le Tribunal de commerce de Rennes s'était déclaré incompétent prétendant que c'était la Cour qui devait être saisie par appel, admettant la théorie de la Cour de Bordeaux. La Cour de Rennes fut saisie, mais il y eut désistement avant que sa

1. Un jugement rendu, tout récemment, par le Tribunal civil de Toulouse, se range à la doctrine de l'arrêt de la Cour de Bordeaux de 1867 (10 décembre 1894; Gaz. du P., 95-1-135).

décision put intervenir. Les conseils des parties étaient d'avis que le Tribunal de commerce était effectivement incompétent; la question resta sans solution. Revenons à notre espèce, nous allâmes devant le Tribunal civil de Rennes, qui se déclara incompétent d'office et M. le Procureur de la République, dans ses conclusions, faisait une distinction entre la demande de payement d'honoraires, faite avant le jugement, demande qui, d'un commun accord, est de la compétence civile et la demande faite postérieurement au jugement, qui est de la compétence commerciale. Il concluait donc à l'incompétence. Un appel s'imposait, il eut lieu; mais, la Cour, dans son arrêt du 12 décembre 1893, n'a pas tranché la question de compétence. Elle semble, cependant, participante du système de la Cour de Bordeaux. Une autre affaire présentait à juger la même difficulté; mais, sur notre appel, l'expert renonça, de suite, au bénéfice de son exécutoire, la question reste pendante, mais nous pensons que si l'exécutoire est attaquée pour incompétence, si l'on admet que le président du Tribunal de commerce n'a pas qualité pour délivrer un exécutoire, le recours doit, dans ce cas, se faire par voie d'appel, car aller devant toute autre juridiction ce serait créer un appel devant un Tribunal qui n'a pas qualité pour en connaître. Et, comme il ne s'agit pas ni de *quantum* d'honoraires, ni de question d'application du tarif, le deuxième décret de 1807 ne saurait en rien être invoqué; c'est donc l'appel seul, c'est-à-dire le recours au juge supérieur, qui doit être employé et non le recours au Tribunal civil qui n'a aucune qualité pour juger de telles questions.

6° Des Ordonnances en matières de succession.

Les pouvoirs du président du Tribunal civil se manifestent en cette matière, sous la forme de diverses ordonnances. En

matière de scellé, le président peut être appelé à statuer sur les difficultés qui peuvent s'élever durant l'apposition ; en ce cas, il statue en matière de référé, art. 921 du Code de procédure civile.

L'inventaire parachevé, les scellés ne peuvent plus être apposés de nouveau, à moins que cet inventaire lui-même ne soit attaqué ou que le président l'ait ordonné. Art. 923 du Code de procédure civile : Le président statue encore en référé. De même, les difficultés qui peuvent s'élever au cours d'un inventaire, soit aux termes de l'art. 944 du Code de procédure civile, sont jugées en référé.

Mais, les deux ordonnances les plus importantes sont l'ordonnance prescrivant le dépôt d'un testament chez un notaire et l'ordonnance d'envoi en possession ; chacune de ces deux ordonnances nous retiendra quelques instants.

a) Ordonnance de description d'un testament et de dépôt en l'étude d'un notaire. — Si, lors de l'apposition des scellés, il est trouvé un testament ou autres papiers cachetés, le juge de paix en constate la forme extérieure, puis, il indique les jour et heure où les papiers ou testaments seront, par lui, présentés au président. Si le testament est ouvert, les mêmes formalités doivent être remplies (art. 916 et 920 du C. de pr. civ. ; art. 1007 C. civ.). Le président, en présence du juge de paix et des parties (en cas de défaut on le constate sur la minute), ouvre le testament ; il en fait la description et ordonne son dépôt entre les mains du notaire par lui commis. C'est cette dernière partie de l'ordonnance dont nous aurons seulement à nous occuper. Si le président désigne le notaire choisi par les parties, pas de difficultés ; mais, si le notaire désigné est autre que celui que les parties désirent, ces dernières peuvent-elles attaquer l'ordonnance ?

Nous le pensons, ce choix peut avoir une certaine importance ; la partie peut connaître un notaire, avoir une confiance exclusive en lui ; d'autre part, cet officier ministériel sachant qu'il jouit de l'estime des héritiers peut hâter les opérations de liquidation ; il peut plus facilement applanir ces mille difficultés qui naissent entre cohéritiers et qui, souvent, prennent des proportions colossales. L'héritier a donc un intérêt moral et matériel à avoir le notaire de son choix. Faut-il mentionner une simple question de convenance pour le président à respecter le choix de l'héritier ou du *de cuius*.

En pratique, il arrivera que si les héritiers sont d'accord pour choisir un notaire, ce choix sera toujours ratifié, à la condition toutefois que cet accord ne cache pas une fraude et que les intérêts de chacun soient sauvegardés. Mais, dans le cas où il y a désaccord, le choix appartient au président seulement ; sauf ce cas, il n'appartient pas à ce magistrat d'imposer sa volonté, son ordonnance peut être attaquée.

On a, cependant, contesté ce système. L'ordonnance, a-t-on répondu, est une ordonnance de la juridiction gracieuse du président, c'est une simple mesure d'ordre intérieur, c'est un visa et une description qu'on lui demande ; quant au dépôt chez le notaire qu'il commet, c'est une simple formalité qu'il accomplit et qui ne peut préjudicier en rien aux intérêts des parties.

D'ailleurs, le président ne statue pas en référé, puisqu'une seule des parties est présente. Donc, en résumé, pas de recours (*sic*, Paris, 7 décembre 1887 ; journ. *le Droit*, n° du 15 janvier 1888 ; Chauveau, sup. question 3087-4°). Nous avons déjà répondu, par avance, à ce système ; quant au dernier argument tiré de ce que le président ne statue pas sur un débat contradictoire, nous ne le croyons pas exact. En effet, lorsque le juge de paix trouve un testament, il donne immé-

diatement citation à toutes les parties présentes, par le seul fait de la fixation du jour et de l'heure de la présentation du testament au président; qu'est-ce à dire que les parties peuvent devant ce magistrat discuter le choix du notaire? Que le magistrat ne statue pas en référé, nous le voulons bien et même nous le croyons; mais, ce que l'on ne peut dénier, c'est qu'il statue au contentieux, que son ordonnance a les véritables caractères d'un jugement, par suite susceptible de voies de recours, opposition et appel. L'appel est, en effet, ouvert à ceux qui ont vu leur choix méconnu par le président; les défaillants auront l'opposition devant le président et l'appel devant la Cour, pour faire rétracter ou annuler l'ordonnance (Bordeaux, 23 juin 1885; S., 85-2-135).

Mais il ne faut pas croire, cependant, que ces voies de recours seront toujours ouvertes. Supposons que devant le président aucun des héritiers n'indique le nom d'un notaire, ou, bien que le choix des héritiers soit accepté par le président, il n'y aura pas lieu à recours, ce n'est pas comme semble le croire M. Bertin (t. I, n° 758), parce que le président statue en vertu de sa juridiction gracieuse. En effet, le caractère gracieux ou contentieux de la juridiction ne dépend pas de la question de savoir si l'acte qu'elle a rendu a soulevé ou non des contestations, car il faudrait dire, dans ce cas, que tous les jugements d'expédients émanent de la juridiction gracieuse du Tribunal, ce que personne n'ose soutenir; mais, parce qu'une fin de non-recevoir à l'action existe, fin de non-recevoir tirée de la maxime : Pas d'intérêt, pas d'action. Le président, dans son choix, devra s'inspirer, autant que possible, de la volonté du testateur; ce choix ne peut être arbitraire, mais faut-il tout au moins qu'il soit possible; c'est ce qui résulte de deux arrêts, l'un de la Cour de Paris, du 10 juillet 1886 (S., 86-2-213),

l'autre de la Cour d'Orléans, du 11 février 1892 (Gaz. des Trib., n° du 17 février suivant).

b) *Ordonnance d'envoi en possession*. — Mais l'ordonnance dont les conséquences sont les plus importantes, est l'ordonnance d'envoi en possession qui, comme son nom l'indique, permet à l'institué d'appréhender, matériellement, l'hérédité : il avait la saisine de droit, la saisine de fait lui manquait, il l'obtient en se faisant envoyer en possession ¹.

Cette hypothèse est prévue par l'art. 1008 du Code civil. Dans le cas où le défaut ne laisse pas d'héritiers à réserve et nomme, par testament olographe ou mystique, un légataire. Ce légataire doit se faire envoyer en possession ; il s'adresse, à cet effet, au président du lieu où la succession s'est ouverte ; ce magistrat rend une ordonnance.

Sur notre question de savoir quelles sont les voies de recours permises contre les ordonnances en général, les partisans des divers systèmes ont surtout appuyé leurs théories en prenant comme exemple cette ordonnance d'envoi en possession. « Tout a été soutenu, ajoute M. Crépon, et tout a » été jugé systèmes absolus, systèmes mitigés, distinctions, » sous-distinctions, tout se rencontre dans les solutions proposées par la doctrine et adoptées par les Cours d'appel. »

Bien des systèmes devaient, en effet, sortir de cette discussion ; les uns, admettant l'opposition et l'appel ; d'autres, refusant l'opposition, mais admettant l'appel ou réciproquement, admettant l'opposition et rejetant l'appel.

Tous ces systèmes, il faut bien le reconnaître, ne sont pour la plupart que des subdivisions de deux opinions : l'une qui admet le principe de recours, l'autre qui le refuse. Aussi

1. En droit romain, l'envoi en possession de l'héritier institué ne pouvait être critiqué par la voie de l'appel (l. 6, *C. Quorum appellationis non recipiuntur*, VII-65).

est-ce seulement à ces deux systèmes que nous nous arrêterons, donnant notre opinion sur les voies de recours à employer.

Nous renvoyons le lecteur qui voudrait connaître cette question à l'ouvrage de M. Crépon (nos 1235 à 1245) et Dalloz, v. appel civil, n° 388, et dispositions entre vifs et testamentaires, nos 3664 et suiv., et sup. *iisd. verb.*, n° 58 et n° 922 et suiv. Nous ne citerons que les décisions les plus récentes.

1^{er} SYSTÈME. — *On refuse tout recours.* — L'ordonnance, dit-on, ne peut compromettre les intérêts des parties, c'est une mesure simplement préparatoire qui laisse intact le fond du droit. Ainsi, cette ordonnance n'empêche pas les héritiers d'attaquer le testament ou de solliciter toute mesure urgente destinée à assurer la conservation des biens de la succession, faire nommer, par exemple, un administrateur ou un séquestre et, au surplus, l'art. 1008 ne prévoit-il pas une hypothèse semblable à l'art. 1006, il prescrit une mesure qui a pour but de donner au testament olographe la force exécutoire qui lui manque et que possède le testament authentique; ce n'est pas autre chose qu'une ordonnance d'*exequatur*, un simple *visa*; c'est la formule exécutoire, ajoutée à l'acte, et il ne peut exister de recours contre de telles formules. Du reste, pas de débats; le légataire procède par une requête non communiquée, c'est donc, en réalité, en vertu d'un pouvoir propre, discrétionnaire, que le président agit, et ce pouvoir est sans recours (Ravenel, p. 43; Trib. civ. de Brive, 30 mai 1888; G. P., 89-2, sup. 18; Trib. civ. de Bruxelles, 24 juillet 1886; G. P., 87-4-165; Paris, 26 mars 1884; S., 86-2-28; Paris, 15 janvier 1894; D., 94-2-160¹).

1. Depuis que ces lignes ont été écrites, la Cour de Dijon s'est prononcée en ce sens le 1^{er} juin 1894 (D., 94-2-360).

2^e SYSTÈME. — Le premier système fait un peu trop usage de ce caractère conservatoire qu'auraient les ordonnances; sans doute, elles ne peuvent préjudicier au fond, mais elles peuvent, cependant, causer grief. Ceci dit, l'héritier nanti en vertu d'un testament public, a une situation meilleure que le légataire qui agit en vertu d'un testament olographe; mais, le titre du premier est un titre qui passe pour sincère et véritable, il a été reçu par un officier public qui présente toutes les garanties pour être cru; le testament olographe est l'œuvre d'un particulier, il peut être l'œuvre d'un faussaire, les hypothèses ne sont donc pas les mêmes, et s'il n'y a pas de recours à exercer contre le légataire possédant son titre, en vertu d'un testament authentique, c'est par la bonne raison qu'aucune décision judiciaire n'est rendue pour ou contre lui. Est-ce exact de dire que le président ne serait là que pour donner un simple visa, nous ne le croyons pas; le magistrat doit examiner si l'acte qu'on lui présente est bien réellement un testament au point de vue extérieur, s'il en a bien la forme, s'il ne lui manque pas quelques-unes de ces règles dont la loi exige l'accomplissement, à peine de nullité; il doit, s'il apprend que le testament sera sérieusement attaqué, si l'on dénie son écriture, surseoir à l'envoi en possession. Cette mission de confiance que lui attribue la loi ne peut-être, cependant, sans bornes; aussi, le légataire qui se croit lésé pourra-t-il s'adresser à une autre juridiction.

Est-il bien vrai de dire que l'ordonnance d'envoi en possession ne peut jamais causer aucun grief? L'envoi en possession produit un effet qui peut avoir des résultats bien différents. Cet envoi déplace le fardeau de la preuve. Tant que le légataire ne s'est pas fait envoyer en possession, si le testament est attaqué c'est à lui de prouver que le testament est valable; au contraire, si

l'envoi en possession a eu lieu, c'est aux héritiers qu'il appartient de démontrer que le testament est nul ou n'est pas véritable; c'est à eux qu'il incombe de faire la preuve, une jurisprudence constante admet aujourd'hui, sans difficulté, cette distinction (Rennes, 14 août 1889; G. P., 90, I, sup. 43). Or, tout le monde sait qu'il vaut mieux être défendeur que demandeur. Tous ces motifs étayaient surabondamment notre opinion qui est, disons-le, celle de la jurisprudence la plus récente (Paris, 25 mars 1892; D., 92-2-245; Amiens, 9 juillet 1889; G. P., 90-1-298; Toulouse, 12 août 1884; G. P., 84-2-678) ¹.

1. Ajoutez : Nancy, 20 décembre 1892; D., 94-2-9.

La Cour de cassation (Ch. civ.) vient de rendre, le 3 avril dernier, un arrêt qui est fort intéressant, en la matière, et qui consacre en tous points l'opinion que nous avons soutenue. La Cour suprême admet : 1° Le principe des voies de recours; 2° Ces voies de recours sont l'opposition devant le magistrat qui a rendu l'ordonnance ou l'appel devant la Cour. Nous croyons utile de reproduire cet arrêt.

« Attendu que l'envoi en possession ordonné dans les conditions prévues » par les art. 1006 et 1008 du Code civil, peut avoir pour effet de compromettre » les droits et les intérêts de l'héritier légitime, que dès lors le recours doit » appartenir à celui-ci, contre la décision du juge qui a ordonné l'envoi, si » aucune disposition de loi ne l'interdit, que cette interdiction n'existe pas; » Attendu que le recours doit être exercé suivant les règles du droit » commun, c'est-à-dire par une opposition devant le magistrat qui a rendu » l'ordonnance, au cas où elle a été rendue en l'absence de l'héritier légitime » ou par appel, devant la Cour, quand cette ordonnance a été contradictoire; » Attendu que l'arrêt attaqué, en déclarant contrairement à ces principes » que l'ordonnance du président du Tribunal de Joigny, du 11 août 1892, » qui avait ordonné l'envoi en possession de la dame Corgeron, était un acte » de la juridiction gracieuse qui, par sa nature, n'était pas susceptible d'op- » position, a violé la loi,

» Casse, etc. »

Cet arrêt-casse un arrêt de la Cour de Paris, du 15 janvier 1894, qui reconnaissait, comme émanant de la juridiction gracieuse du président, l'ordonnance d'envoi en possession et jugeait que le magistrat ne pouvait, statuant en référé, ni rétracter son ordonnance, ni en suspendre les effets, au cas où le testament serait attaqué. Dans ce cas, en effet, il ne peut ordonner que des mesures conservatoires.

Si, sur le premier point, nous répudions la théorie de la Cour de Paris, nous avons par nos explications adopté son opinion sur le deuxième moyen.

Quant à savoir quelles voies de recours sont ouvertes, les principes généraux résolvent tout naturellement cette question.

Où l'envoi en possession est accordé, les héritiers lors de la signification de l'ordonnance pourront faire opposition. Ils le peuvent avant cette signification; l'opposition aura lieu devant le président et non devant le Tribunal, nous savons, en effet, que le Tribunal n'a aucune qualité pour réformer les actes de son président. Sur cette opposition qui met en cause et le légataire et les héritiers, intervient une seconde ordonnance qui sera susceptible d'appel. Le président ne statue pas en référé, il statue en qualité de président, comme magistrat auquel on demande la rétractation de son ordonnance. Tous ces points ne sauraient faire difficulté, et un arrêt de Pau du 30 mai 1870; S., 71-2-26, tout en rejetant en principe toute voie de recours, contre l'ordonnance elle-même, est forcé de reconnaître que la deuxième ordonnance est sujette à appel (Bordeaux, 4 avril 1855; S., 56-2-117; Nancy, 20 décembre 1892, cit. sup.; Paris, 25 mars 1892, cité *supra*)¹.

Nous avons supposé jusqu'ici que l'ordonnance avait été compétemment rendue; mais que faut-il décider dans le cas où le président n'était pas le magistrat compétent pour rendre l'ordonnance? On s'est adressé, par exemple, au président du lieu du décès au lieu de s'adresser au président dans le ressort duquel la succession s'est ouverte.

Nous n'apercevons pas de motifs pour changer ce que nous avons dit plus haut et de refuser dans ce cas l'opposition à

Mais, pour nous en tenir à l'ordonnance d'envoi en possession, souhaitons que la décision de la Chambre civile fasse disparaître la controverse qui existe entre les Cours d'appel.

1. Voyez sur tous ces points l'arrêt conforme de la Cour suprême, cité à la note de la page précédente.

ceux pour qui elle peut être ouverte. Voyez cependant : Riom, 29 mars 1879; S., 80-2-291; mais, en aucun cas, l'opposition ne saurait être admise devant le Tribunal (Dijon, 25 mars 1870; S., 70-2-176).

7° Séparation de biens.

Aux termes de l'art. 805 du Code de procédure civile, aucune demande en séparation de biens ne pourra être formée sans une autorisation préalable du président. Le président ne pouvant refuser cette autorisation, il ne saurait être question de voies de recours. Mais qu'advierait-il si le président refuse? De deux choses l'une, ou son ordonnance refusant l'autorisation est basée sur des motifs tirés du fond du droit, il y aurait croyons-nous lieu à appel, car le président a ainsi outrepassé ses pouvoirs, ou bien il a nettement refusé, sans donner de motifs; il y a alors déni de justice et partant prise à partie.

8° Ordonnances rendues par le président d'un Tribunal de commerce.

Dans les cas qui requièrent célérité, le président peut permettre d'assigner de jour à jour, même d'heure à heure. Cette ordonnance peut être rendue, que le requérant ait ou n'ait pas de titre, ou que le titre soit sous seings privés, toutes les formalités préliminaires aux autres saisies disparaissent¹. Le créancier peut craindre que son débiteur ne prenne la fuite, ou n'emporte les effets mobiliers qui sont son gage. Ces ordonnances, dit le Code, seront exécutoires nonobstant opposition ou appel.

1. Le président peut, en effet, permettre de saisir les effets mobiliers du débiteur.

En matière civile, l'ordonnance à bref délai a été de notre part l'objet d'une étude assez longue, nous avons émis notre sentiment et nous avons repoussé tout recours; nous comprenons d'autant moins cette exception à la règle que nous avons posée, que nous sommes en matière commerciale, matière qui, vu son urgence, exige une grande promptitude de solution, que le législateur a lui-même simplifié la procédure; aussi nous ne pouvons que blâmer la fin de l'art. 417 qui complique, comme nous l'avons déjà dit, la procédure et retarde la solution sur le fond du procès. Aucun motif juridique d'ailleurs ne milite en faveur de cette exception. Cette ordonnance n'est-elle pas de même nature que celle rendue par le président du Tribunal civil. Pourquoi donc des règles différentes?

Quant à l'ordonnance de saisie conservatoire, nous connaissons les motifs qui ont fait adopter cette procédure; nous sommes en matière commerciale, les objets se déplacent facilement, la sécurité du commerce en dépend.

La question de savoir si le président peut se réserver de connaître des difficultés qui pourraient s'élever est controversée en cette matière, nous nous sommes expliqués sur ce point, nous considérons ces réserves sans valeur. Quoi qu'il en soit, l'ordonnance qui interviendra à nouveau sera susceptible d'appel.

L'opposition à ces deux ordonnances sera possible de la part de l'ajourné ou du saisi, elle sera portée devant le président (Rouen, 31 décembre 1861; S., 62-2-535; Aix, 3 mars 1871; D., 72-2-41; Trib. de com. de Marseille, 23 juin 1887) et non devant le Tribunal, incompétent « *ratione materiæ* » (Bordeaux, 7 avril 1862; S., 62-2-536; Rousseau et Laisney, v. saisie conservatoire, n° 11); elle ne pourrait être portée à plus forte raison devant le Tribunal civil.

L'appel n'est pas possible de la part du requérant qui n'a pas vu sa requête répondue, mais le saisi qui a été débouté de son opposition, ou qui a laissé expirer les délais d'opposition, peut porter le litige devant la Cour.

Faut-il appliquer ici les règles qui veulent, qu'en matière commerciale, l'opposition et l'appel peuvent être différemment choisis quand l'appel est toutefois encore recevable, autrement dit, l'appel est-il subsidiaire à l'opposition? La Cour de Douai l'a pensé, le 21 janvier 1884 (G. P., 84-1-455). Nous renvoyons aux explications par nous données quand nous avons étudié la combinaison des art. 455 du Code de procédure civile et 645 du Code de commerce.

L'art. 417 par la place qu'il occupe à la section de la procédure devant les tribunaux de commerce, par ses termes généraux s'applique à toutes autres ordonnances qu'est appelé à rendre le président d'un Tribunal de commerce, notamment à l'ordonnance prévue par l'art. 172 du Code de commerce. Cette ordonnance est donc susceptible d'opposition et d'appel ou d'appel seulement, suivant ce qui vient d'être dit.

CHAPITRE III

Des Sentences arbitrales ¹.

Le Code reconnaît aux parties majeures et maitresses de leurs droits la faculté de soumettre leurs litiges à des arbitres au lieu de s'adresser aux tribunaux ordinaires. Cette faculté, basée sur le pouvoir de compromettre, exclut tous les incapables. Les arbitres sont saisis de la contestation par un acte appelé compromis qui peut être fait par acte sous seings privés ou par acte authentique : les arbitres rendent leur jugement après avoir examiné les dossiers, pris des renseignements, soit auprès des parties, soit auprès de tiers. La force exécutoire est donnée à leur sentence par une ordonnance dite ordonnance d'*exequatur* rendue par le président du Tribunal civil. Le Code de procédure civile s'est occupé de cette importante matière dans ses art. 1003 et suivants. L'arbitrage est aujourd'hui volontaire; les art. 51 à 63 du Code de commerce, prescrivant l'arbitrage forcé, ont été abrogés par la loi du 17 juillet 1866.

D'après le court exposé qui précède, il y a deux décisions à considérer : la sentence arbitrale elle-même et l'ordonnance d'*exequatur*. Nous diviserons donc en deux sections notre étude.

1. A Rome, on ne pouvait appeler des sentences arbitrales pour deux raisons : 1^o Elles intervenaient à la suite d'un contrat passé entre les parties; 2^o Elles ne pouvaient acquérir l'autorité de la chose jugée. « *Ex sententia arbitri, ex compromisso jure perfecto aditi, appellari non posse, sæpe receptum est, quia non judicati actio inde prestari potest* » (L. I, C. De receptis arbitris, II-56).

SECTION PREMIÈRE

De la Sentence arbitrale.

Le Code s'est occupé, à plusieurs reprises, des voies de recours contre cette sentence pour ne parler que de l'opposition et de l'appel, il s'occupe de l'opposition dans l'art. 1016. § 3. De l'appel, il pose le principe dans l'art. 1023; dans l'art. 1010, il s'occupe de la renonciation à cette voie de recours, puis il édicte contre elle une prohibition.

Laissons l'opposition et passons de suite à l'appel.

Appel. — L'appel est porté devant les tribunaux ordinaires.

Si le législateur a interdit l'opposition, il a, en revanche, donné la plus grande latitude pour se pourvoir par appel et nous verrons, à l'instant, qu'il a permis cette voie de recours avec une largesse que nous ne trouvons nulle part dans aucune autre matière. On a répondu à notre système qu'au contraire ce devait être avec la plus grande prudence, avec une extrême réserve que l'on devait admettre cette voie de recours, on a remonté au droit romain, on invoque la loi I^{re} C. « *De recept arbit* », II-56. On invoque ensuite l'art. 4 du titre I^{er} de la loi du 24 août 1790 : « Il ne sera point permis » d'appeler des sentences arbitrales, à moins que les parties » se soient expressément réservées par le compromis la » faculté de l'appel. »

Tous ces textes n'ont plus aujourd'hui qu'une valeur historique; ils ont été abrogés par les art. 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII et 1042 du Code de procédure civile et ne peuvent être invoqués que lorsque les principes qu'ils énoncent sont passés dans nos lois : mais, en notre matière,

l'art. 1023 du Code de procédure civile consacre un principe tout opposé, il n'astreint pas l'appel, comme nous l'allons voir, à une réglementation aussi restrictive, et cet article est rédigé dans un sens tout opposé à l'art. 4 de la loi de 1790, cité plus haut.

Nous étudierons, quant à l'appel, les trois questions suivantes :

- 1° De la recevabilité de l'appel;
- 2° Devant quel Tribunal se porte l'appel ;
- 3° Des fins de non-recevoir que l'on peut opposer à l'appel.

PREMIÈRE QUESTION

De la recevabilité de l'appel.

Le principe en est posé dans l'art. 1023 du Code de procédure civile.

L'appel sera porté devant les tribunaux de première instance, pour les matières, qui, s'il n'y eût point eu d'arbitrage, eussent été, soit en premier, soit en dernier ressort, de la compétence du juge de paix, et devant les Cours d'appel, pour les matières qui eussent été, soit en premier, soit en dernier ressort, de la compétence des tribunaux de première instance.

Il résulte clairement de ce texte que le législateur a admis l'appel dans la plus large mesure, puisqu'il ressort de ses termes mêmes que l'appel aura lieu, pour les matières jugées, soit en premier, soit en dernier ressort. Donc pas de limites entre le premier et le dernier ressort : l'appel est admis dans la plus large mesure. Cette règle est motivée sur ce que les arbitres ne sont pas des juges; on ne peut, en effet, les assimiler en aucune façon aux magistratures régulières; ce sont des arbitres. Nous sommes ici en une matière

tout à fait spéciale, régie par des règles qui lui sont propres, rien d'étonnant que les voies de recours soient elles-mêmes l'objet de dispositions particulières (Ravenel, p. 46).

Mais, cependant, la valeur en litige a une importance au point de vue de la détermination du tribunal d'appel. Cette proposition nous fait aborder notre seconde question.

DEUXIÈME QUESTION

Devant quel tribunal doit se porter l'appel?

Lors de la discussion de l'art. 1023 devant le Tribunalat, le projet avait été ainsi rédigé : « L'appel des jugements arbitraux ne sera pas recevable si la matière n'en était pas susceptible d'après les règles de compétence... Dans tous les cas, il sera porté exclusivement devant les Cours d'appel. » Cette rédaction ne fut pas adoptée par le Conseil d'État et une nouvelle rédaction fut mise en discussion : « L'appel sera porté devant le Tribunal de première instance, si l'objet est de nature à y être jugé en dernier ressort, sinon au Tribunal d'appel. »

Ces divers projets ne furent point acceptés, et, de la discussion qui suivit, il résulte qu'on ne voulut pas surcharger les Cours d'appel par la connaissance de procès peu importants, et on adopta finalement l'art. 1023 actuel qui présente plus de clarté que le texte proposé au Conseil d'État.

Si la matière est de nature à être jugée par le juge de paix, soit en premier, soit en dernier ressort, l'appel doit être porté devant le Tribunal civil, si la matière est de nature à être jugée, soit en premier, soit en dernier ressort, par le Tribunal civil, l'appel sera porté devant la Cour.

Quel sera le Tribunal et la Cour qui auront compétence? Sans nul doute le Tribunal ou la Cour dans l'arrondissement

ou dans le ressort desquels la sentence aura été rendue. L'art. 1023 ne se prononce pas sur ce point, mais cette solution résulte de la combinaison de cet article avec l'art. 1020, qui veut que la sentence soit déposée au greffe du Tribunal dans le ressort duquel elle a été rendue¹. Mais les parties peuvent-elles déroger à cette compétence? Nous nous sommes déjà expliqué sur cette prorogation de juridiction dans nos préliminaires; nous avons conclu même au rejet de cette proposition, et nous avons combattu un arrêt de la Cour de Lyon du 17 mai 1833 (S., 33-2-510).

D'après l'art. 1020, c'est le président dans le ressort duquel la sentence a été rendue, qui doit délivrer l'ordonnance d'*exequatur* à l'exclusion du président qui eût connu du litige, si le Tribunal avait été saisi de la contestation, l'appel ne pourra être porté que devant la Cour dans le ressort de laquelle siège le président et non devant toute autre Cour.

Comme nous l'avons dit, l'ordonnance d'*exequatur* est attributive de juridiction, et cette ordonnance rendue, l'appel ne peut être porté que devant le Tribunal ou la Cour indiquée par la loi. La sentence arbitrale est devenue un véritable jugement assimilé, d'après nous, à une décision rendue par le Tribunal civil et dont l'appel ne peut se porter que devant la Cour qui doit légalement en connaître; juger autrement, ce serait étendre la compétence d'une autre Cour au delà des limites tracées par la loi; ce que les justiciables n'ont pas le pouvoir de faire. M. Carré, question 3370, enseigne que les parties sont libres de choisir tel Tribunal ou telle Cour qu'elles jugeront convenables, pourvu toutefois que ces juridictions soient compétentes au point de vue de la matière. Ainsi, dans un

(1) Voyez sur ce que l'on doit entendre par les expressions « Lieu où la sentence aura été rendue » (Cass., 5 fév. 1895; Gaz. du Pal., 95-1-272).

compromis sur une matière dont la valeur excède 1,500 fr., les parties ne pourraient stipuler que l'appel fût porté devant le Tribunal civil. M. Chauveau repousse cette opinion (question 3370 *ter*) et dit qu'une clause de cette nature est nulle. M. Bellot admet que les parties peuvent désigner tel président pour rendre la sentence exécutoire, mais une fois l'ordonnance rendue, elle est attributive de juridiction, les parties ne peuvent plus interjeter appel devant une autre Cour que celle dans le ressort de laquelle se trouve ce Tribunal.

Une autre question, incidemment soulevée, est celle de savoir quel est le caractère de l'incompétence du président, qui a, à tort, rendu la sentence d'*exequatur*. La jurisprudence paraît lui donner un caractère de nullité relative; c'est, en effet, une incompétence « *ratione personæ vel loci* » (Angers, 8 mai 1893; Rec. de Rennes, 93-222).

La Cour de Rennes, dans un arrêt du 29 avril 1893 (Rec. de Rennes, 93-253, 2^e arrêt), laisse la question sans solution. Cette incompétence se couvrira par le silence des parties ou par une renonciation résultant d'un accord commun (Boitard, t. III, p. 473).

Les parties peuvent choisir comme juges d'appel d'autres arbitres. Les causes qui ont fait admettre l'arbitrage retrouveront leur application pour la voie de recours. L'ordonnance d'*exequatur* sera rendue par le premier président, déterminé suivant les règles tracées à l'art. 1020 (Boitard, III, p. 474).

L'appel de la sentence arbitrale ne pourra être interjeté que lorsque cette dernière sera revêtue de l'ordonnance d'*exequatur*; c'est à partir de ce moment seulement qu'elle a les caractères d'un jugement, et on ne peut appeler que des jugements; si l'ordonnance d'*exequatur* est rendue dans la huitaine du prononcé de la sentence, l'appel ne sera possible

qu'à l'expiration de cette huitaine; mais si l'ordonnance d'*exequatur* est rendue plus de huit jours après le prononcé, l'appel en sera possible, alors même qu'il ne se serait pas encore écoulé huit jours depuis que la sentence a obtenu sa force exécutoire. C'est, en effet, du jour où la sentence a été prononcée, qu'elle a eu son existence légale. C'est donc de ce jour que doit commencer à courir le délai de l'art. 449. Deux arrêts, très anciens, de la Cour de cassation, l'un de l'an VI, l'autre de 1812, sont en ce sens. M. Pigeau (II, p. 22) ne fait courir ce délai que du jour de la signification, sous prétexte que les parties ne sont pas présentes au moment du prononcé de la sentence. Cette solution n'est pas exacte; il peut se faire, en effet, que les parties ne connaissent la sentence que par sa signification, mais les motifs qui ont fait édicter l'art. 449 n'existent plus, l'appel « *ab irato* » n'est plus à craindre.

TROISIÈME QUESTION

Fins de non-recevoir contre l'appel.

L'art. 1010 prévoit deux fins de non-recevoir, l'une tirée de la renonciation à l'appel, l'autre tirée du troisième degré de juridiction. Il faut y ajouter l'acquiescement.

Il n'entre pas dans notre programme de nous occuper des fins de non-recevoir que l'on peut proposer en appel; pour traiter d'une manière complète de l'arbitrage, nous dirons, cependant, quelques mots de ces trois fins de non-recevoir.

a) L'art. 1010, § 2, prévoit l'hypothèse suivante : Un jugement est intervenu entre des plaideurs; ceux-ci compromettent sur l'appel et décident qu'ils s'en remettront à un arbitrage, la sentence arbitrale ne sera pas, dans ce cas,

susceptible d'appel; les arbitres jugent à la place d'une juridiction qui aurait décidé en dernier ressort. La sentence qu'ils rendent doit donc avoir les mêmes caractères que l'arrêt. De plus, ce serait, en permettant l'appel, créer un troisième degré de juridiction, ce qui est contraire à notre droit.

Étant donné le caractère des fonctions arbitrales et les règles spéciales à l'appel en cette matière, la question pouvait se poser de savoir si les arbitres, jugeant sur appel, prononceraient en dernier ressort. Le doute n'est plus possible en présence de notre article, qui consacre le principe que nous venons d'invoquer, à savoir qu'un même procès ne peut subir trois degrés de juridiction.

Si les parties venaient, dans un compromis sur l'appel, à insérer une clause tendant à ce que la sentence à intervenir fût elle-même susceptible d'appel, cette clause serait nulle et devrait être réputée non écrite (Carré et Chauveau, question 3292).

b) De la renonciation à l'appel. — Dans nos préliminaires, nous avons eu à nous expliquer sur la renonciation à l'appel. Nous avons cité un texte formel qui permet cette renonciation. Les parties peuvent, lors ou depuis le compromis, renoncer à l'appel, nous dit l'art. 1010, § 1.

La renonciation est expresse, lorsque les parties ont inséré dans le compromis une clause formelle, ou lorsqu'un acte postérieur est venu le compléter (Cass., 30 janvier 1894; D., 94-1-136). Elle peut être tacite lorsqu'elle peut s'induire des termes du compromis ou des circonstances de la cause.

De la renonciation formelle nous n'avons rien à dire; quant à la renonciation tacite, elle dépendra des circonstances des termes du compromis. Nous allons citer un ou deux exemples. Disons, tout d'abord, que les termes n'étant plus

sacramentels, dans notre droit, le juge aura un pouvoir discrétionnaire, à l'abri de la censure de la Cour suprême : il devra cependant, dans le doute, ne pas présumer la renonciation. Il y a renonciation à l'appel, a jugé, le 17 avril 1893, la Cour de Paris, de la part de celui qui s'engage à payer, dans la huitaine du dépôt de la sentence, le déficit que peuvent constater des arbitres chargés de vérifier une comptabilité. De même, la Cour d'Angers a vu une renonciation dans la déclaration des parties de s'en rapporter expressément aux vérifications, expertises prises et estimations, décisions des experts par elles choisis et une acceptation anticipée de leur rapport sans appel possible (Angers, 8 mai 1893; Rec. de Rennes, 93-222), encore dans cette clause, que les parties renoncent à tout recours devant les tribunaux. Enfin, la Cour de Bordeaux a jugé, le 20 mai 1845 (S., 46-2-399), qu'il y avait renonciation tacite; dans cette clause : s'en rapporter en tout et pour tout au jugement des arbitres. Mais la question a surtout été discutée de savoir si, pour le cas où les parties, en nommant des arbitres amiables compositeurs, ont entendu renoncer à l'appel? Mais il n'y aurait pas renonciation à l'appel si une partie stipule qu'elle s'engage à payer une clause pénale au cas où elle irait en appel : il y a là un simple dédit.

Quoique nous ayions posé, en principe, que la renonciation à l'appel ne doit pas se présumer, nous avons dit, cependant, qu'elle pouvait résulter des circonstances : Voyons donc ce qu'il faut entendre par amiables compositeurs. L'intention des parties a été de renoncer à l'appel; les parties ont voulu s'en rapporter à la seule conscience de l'arbitre; elles ont entendu accepter par là la décision quelle qu'elle serait; il y a eu contrat entre les parties, par suite d'un accord des volontés, et cet accord a eu lieu sur le point important des voies

de recours; ce serait donc violer ce contrat que d'admettre l'appel. La loi vient, du reste, au secours de notre système; de l'esprit de l'art. 1017, on peut induire que l'arbitre est le juge qui doit statuer *ex æquo et bono*; il doit prendre l'équité pour base; il peut ne pas respecter le droit, c'est un juge choisi par les parties, qui doit statuer d'après les conventions faisant loi entre elles, c'est le juge privé, le *judex romanus*, statuant sur une action *bonæ fidei*. Avec ces principes, peut-on comprendre l'appel? Le juge d'appel, magistrat chargé d'appliquer la loi, devra statuer en droit. Il est chargé de défendre l'intérêt général. Le droit, en effet, a été institué pour sauvegarder l'intérêt général. l'équité protège l'intérêt particulier (ce qui explique facilement l'antinomie qui peut exister entre le droit et l'équité). Or, comment concevoir un appel dans de telles conditions? l'un juge d'après le droit, l'autre avait jugé d'après l'équité; les deux juges ne se plaçant pas au même point de vue, il est absolument impossible de savoir lequel aura bien jugé. De plus, l'amiable compositeur juge d'après l'équité; c'est l'art. 1019 qui le dit; eh bien! alors, le juge d'appel va lui dire: vous avez jugé de telle façon, c'est très bien; vous avez suivi les prescriptions de l'art. 1019, c'est encore mieux; mais je vais cependant réformer votre décision, quoique je la trouve juste, parce que je dois juger suivant le droit. Situation bizarre, avouons-le, qui ne peut se présenter à moins de taxer la loi d'inconséquence. Il y a donc impossibilité matérielle d'admettre cette voie de recours (Rennes, 29 avril 1893; Rec. de Rennes, 93-250 (1^{re} arrêt); Toulouse, 18 juin 1892; Gaz. du P., 92-2, supp. 5). Voyez cependant quelques décisions en sens contraire (Bordeaux, 20 mai 1845, cité plus haut; Toulouse, 15 juillet 1848; S., 49-2-5).

On peut consulter sur cette question MM. Carré et Chau-

veau (question 3296); Fréminville (organisation et compétence des Cours d'appel, n° 626; Rodière, II, p. 521).

De ce que nous venons de dire il résulte que la réserve faite du droit d'appel avec la constitution d'arbitres, comme amiables compositeurs, est incompatible et, dans ce cas, c'est à la réserve d'appel qu'il faut s'arrêter et non à la qualité donnée aux arbitres en vertu de ce principe que l'appel est de règle générale; aussi, nous ne pouvons comprendre un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 1^{er} avril 1886 (Gaz. du P., 86-2-42), qui, dans ce cas, prohibe l'appel.

Il peut arriver que les parties donnent aux arbitres le pouvoir de juger en dernier ressort sans les qualifier d'amiables compositeurs. Dans ce cas, il y a lieu de faire application pure et simple de l'art. 1019.

La renonciation à l'appel ne se présume pas; de ce principe nous n'étendons pas la renonciation au delà des limites que les parties ont eu en vue de se fixer; si la renonciation ne porte, comme cela arrivera le plus souvent, que sur décision définitive, et si des difficultés s'élèvent, soit au point de vue de la constitution du Tribunal arbitral, soit sur la décision des arbitres statuant sur leur compétence, soit sur une cause de récusation existant en la personne de l'un des arbitres, tous ces incidents seront sujets à l'appel (Caen, 8 juillet 1846; S., 47-2-289).

La renonciation à l'appel faisant la loi des parties, les tribunaux doivent respecter cette convention et ils n'ont pas qualité pour reviser ou infirmer une sentence arbitrale (Toulouse, 18 juin 1892, cité *supra*). De même, la voie de l'appel est interdite pour faire réformer une sentence arbitrale qui aurait été rendue par des experts à la suite de l'excès de pouvoir commis par eux (Cass., 10 février 1835;

S., 35-1-889) ¹. Mais la renonciation ne s'étend pas aux violations des moyens touchant à l'ordre publié : il a été jugé par deux arrêts que, lorsque, par le fait des arbitres, une partie a été mise dans l'impossibilité de se défendre, il y a là un moyen qui rend l'appel recevable (Paris, 21 juin 1893 : D., 94-2-35; Paris, 15 février 1851; D., 51-2-78).

L'acquiescement est une forme particulière de la renonciation tacite : disons seulement, en terminant, qu'il résulte du paiement des dépens (Paris, 20 janvier 1890; Gaz. du P., 90-1-227; Agen, 10 juillet 1854; S., 54-2-467).

Il nous faut maintenant parler d'une autre voie de recours admise contre la sentence arbitrale elle-même, et prévue par l'art. 1028. Nous voulons désigner l'opposition. Ce mot n'est pas employé dans son propre sens puisque l'art. 1016 prohibe cette voie : mais il signifie voie de nullité, c'est une expression impropre employée par le législateur, mais enfin elle existe et nous nous en servons.

L'art. 1028, après avoir énuméré cinq cas de nullité des sentences arbitrales, ajoute : Dans tous les cas, les parties se pourvoiront par opposition à l'ordonnance d'exécution devant le Tribunal qui l'aura rendue, et demanderont la nullité de l'acte qualifié jugement arbitral. Sur cet article 1028, nous étudierons les trois questions suivantes : 1° Quel est le caractère de l'opposition admise par l'art. 1028? 2° L'art. 1028 s'applique-t-il aux sentences arbitrales rendues sur appel? 3° Peut-on renoncer à cette voie de recours?

1^{re} QUESTION. — Quels sont les caractères de l'opposition admise par l'art. 1028? La question que nous étudions peut se

(1) Cette décision est contraire à un principe général du droit, à savoir que les renonciations ne se prennent pas. Les syndics avaient soutenu, avec raison, selon nous, que l'appel était recevable. La décision de la Cour suprême n'est pas à suivre.

poser autrement pour arriver à une solution plus facile. Quand on se trouve dans l'un des cas de nullité, prévus par l'art. 1028, peut-on se pourvoir indifféremment par l'opposition et par l'appel?

Ces deux voies de recours ont, dit-on, un caractère bien distinct, une application bien déterminée : par l'opposition, on refuse de reconnaître à la sentence le caractère du jugement que doit lui imprimer l'ordonnance d'*exequatur* ; par l'appel, au contraire, on lui reconnaît implicitement ce caractère, on ne discute que le bien ou le mal jugé de la sentence. Il résulte qu'attaquer la sentence par voie d'opposition ce n'est pas renoncer à l'appel, car, si le demandeur succombe sur son opposition, il pourra discuter ensuite le fond en se portant appelant. Interjeter appel, au contraire, c'est reconnaître à la sentence arbitrale le caractère du jugement ; c'est renoncer par là même aux moyens de nullité. Ceci conduit à considérer l'opposition comme une demande principale soumise aux deux degrés de juridiction, à faire juger une question préjudicielle : la sentence arbitrale peut-elle être considérée comme un jugement? Cette question résolue, on discute ensuite le fond. L'opposition est la voie que l'on doit d'abord employer, l'appel n'est que subsidiaire. L'opposition est une voie extraordinaire permise dans des hypothèses prévues, l'appel est la voie de droit commun qui recevra son application en dehors de ces cas. De là, l'impossibilité de soumettre par l'appel, cumulativement et des moyens tirés de la nullité et des griefs tirés de fond. La partie qui agit par voie d'appel doit donc être repoussée. M. Chauveau admet que, si, par erreur, la partie demande la nullité de la sentence arbitrale par voie d'appel, l'appel est regardé comme non recevable. On le voit, ce système distingue bien nettement nos deux voies de re-

cours, les subordonne l'une à l'autre; c'est cette opinion qui est presque universellement adoptée aujourd'hui. L'arrêt le plus récent que nous connaissions sur cette question est une décision de la Cour de Grenoble du 30 juin 1891 (Gaz. du P., 91-2-649; en doctrine, Carré et Chauveau; question 3382; Rousseau et Laisney, v. arbitrage, n° 560).

M. Mongalvy, dans son traité sur l'arbitrage (n° 332, p. 264), est d'avis que la partie qui a à sa disposition ces deux voies de recours doit préalablement choisir entre l'opposition et l'appel; nous ne croyons pas ce système exact, car nous ne trouvons nulle part un fondement de cette option forcée. Cette opinion conduirait à rendre le jugement sur opposition non susceptible d'appel, ce qui est contraire aux principes que nous avons précédemment soutenus : par le choix, en effet, on exclut tout naturellement la voie de recours que l'on repousse.

Quant à nous, nous pensons que les deux voies de recours, opposition ou appel, peuvent être indistinctement choisies, et employées indifféremment l'une pour l'autre. La loi a permis de se pourvoir par deux moyens, l'un devant le Tribunal, l'autre devant la Cour : elle a institué, si l'on veut, l'appel indirect en prenant la voie de l'opposition, et l'appel direct. Nous appuyons notre opinion : 1° Sur la première phrase de l'art. 1028 : « Il ne sera besoin de se pourvoir par appel » cela veut dire tout naturellement, les parties pourront ne pas recourir à l'appel, mais cela ne veut pas dire que l'appel leur sera interdit. On veut bien que cet argument ait une certaine valeur, et on nous oppose l'avant-dernier paragraphe de l'art. 1028 : « Dans ce cas, les parties se pourvoiront, » la loi, dit-on, parle en termes impératifs, ce qui implique bien que seule l'opposition doit être admise. Nous répondons que rien n'indique ces fameux termes impératifs, la loi prévoit le

cas où la partie a choisi l'opposition; alors, dans ces cas, dit-elle, la partie procédera de la façon que je vais indiquer; 2° L'appel, nous l'avons déjà dit bien des fois, est ici, plus qu'en toute autre matière, de droit commun. Toutes les fois que le législateur a cru pouvoir restreindre l'application, il s'est exprimé clairement: exemple dans les deux paragraphes de l'art. 1010, ici rien de pareil et les termes de notre art. 1028 eussent-ils donné lieu à une interprétation douteuse, que l'appel devait être recevable; 3° Le seul moyen d'attaquer un jugement nul c'est d'en appeler. Pourquoi le législateur aurait-il changé ce principe alors que rien ne le démontre clairement¹? 4° L'art. 1028, dans le système adverse, est une exception à l'art. 1023, nous nous demandons vainement où l'on en trouve trace (voyez, dans le sens de ce système, Ravenel, p. 48, Rennes, 27 février 1817; Chambéry, 30 juin 1885; D., 86-2-271).

2° QUESTION. — L'art. 1028 est-il applicable aux sentences arbitrales intervenues sur appel. Cette question doit se résoudre par l'affirmative : les moyens de nullités peuvent aussi bien se présenter en appel qu'en première instance. Nous dirons même que cette application doit avoir lieu *a fortiori*, car ici on n'aura plus l'appel comme seconde voie de recours, et l'art. 1028 *in fine* prohibe le recours en cassation.

Bien entendu, l'arrêt intervenu sur opposition sera sans recours.

3° QUESTION. — La renonciation à l'appel emporte-t-elle renonciation à l'opposition? Nous ne le pensons pas, et la

1. En matière d'arbitrage, il est vrai, la maxime « voies de nullité en France n'ont pas lieu » ne reçoit pas son application, le Code a permis l'appel et les moyens de nullité, mais cela ne signifie nullement qu'en permettant cette dernière voie de recours il ait entendu supprimer la première.

partie qui a renoncé à l'appel peut attaquer la sentence arbitrale par voie d'opposition, les deux voies de recours sont complètement indépendantes l'une de l'autre.

Les parties, sachant qu'il y aurait un vainqueur et un vaincu ont pu savoir jusqu'à quel point elles s'engageaient en renonçant à l'appel; elles ont envisagé un événement futur, mais certain; quant aux nullités de l'art. 1028, elles n'ont pu prévoir qu'elles pouvaient être commises. Les plaideurs ont voulu un jugement et l'acte atteint de l'un des vices de l'art. 1028 n'en est pas un. Admettre la théorie contraire, ce serait, du reste, permettre aux arbitres de sortir du cercle de leurs attributions, de favoriser peut-être l'une des parties aux dépens de l'autre, de leur faire juger des questions importantes alors qu'ils ne pourraient pas être compétents. Ce serait, on le voit, donner une prime à l'excès de pouvoir. L'appel basé sur les moyens de nullité serait d'après nous recevable malgré renonciation.

La jurisprudence tend, du reste, à considérer la renonciation à l'opposition comme touchant à l'ordre public, par suite, nulle et de nul effet, et il a été jugé que si cette renonciation avait eu lieu sous clause pénale, cette peine ne serait pas encourue si le renonçant faisait opposition pour un des cas prévus par l'art. 1028 (Bastia, 18 février 1891. La loi n° du 10 mars suivant).

SECTION II

De l'ordonnance d'exequatur.

Nous venons de voir quelles étaient les voies de recours contre la sentence arbitrale elle-même, occupons-nous maintenant de l'ordonnance.

Tout d'abord nous devons nous mettre en garde contre une erreur qui pourrait être le résultat d'une lecture superficielle de l'art. 1028, erreur dont nous avons déjà dit quelques mots. Cet article, nous le savons déjà, s'occupe de l'opposition à l'ordonnance. Dans les cas qu'il prévoit, on pourrait croire qu'il s'agit d'un recours contre l'ordonnance; nous avons traité la question et on a pu se rendre compte que ce recours s'applique à la sentence elle-même. Cette confusion a été commise par M. Talandier, quand, parlant du recours contre l'ordonnance, il s'exprime ainsi : « Si l'on se plaint qu'elle » (l'ordonnance) ait accordé l'*exequatur* parce que le » jugement arbitral était nul ou qu'elle l'ait refusé parce qu'il » n'était pas nul, l'opposition est portée devant le Tribunal, » ainsi le prescrit l'art. 1028. Si l'on se plaint qu'elle ait » accordé l'*exequatur* parce que le jugement n'avait pas » jugé selon la loi, ou qu'elle l'ait refusé, bien qu'il ait jugé » suivant la loi, on interjette appel de l'ordonnance. »

Les deux cas où l'auteur s'occupe de l'ordonnance rendue se rapportent à la sentence elle-même; l'art. 1028 et l'art. 1023 sont seuls en cause. Il y a là l'erreur que nous signalions en commençant; M. Talandier n'a pas, en effet, distingué la sentence de son ordonnance et il emploie, indifféremment, les voies de recours admises seulement pour la première. Ce que nous voulons étudier à présent c'est l'ordonnance elle-même; nous faisons abstraction complète de la sentence, nous la ferions disparaître, même si c'était possible, pour cela voyons les vices qui peuvent se trouver dans cette ordonnance : 1° Le président qui a rendu l'ordonnance était incompétent; 2° L'ordonnance rendue refuse l'*exequatur*. Tels sont les deux cas dans lesquels l'ordonnance peut être attaquée.

On nous objectera, sans doute, que celui qui succombe

doit nécessairement attaquer l'ordonnance d'*exequatur* puisqu'il estime que le président l'a rendue à tort. Nous répondrons qu'en ce cas, ce n'est pas l'ordonnance elle-même qui est attaquée, c'est le mal jugé, c'est-à-dire la sentence elle-même; ce n'est pas l'ordonnance qui est critiquée, c'est la décision; on reproche bien au président d'avoir sanctionné une mauvaise décision, mais ce n'est là que l'accessoire de la demande, et puis, pour attaquer la sentence, n'avons-nous pas vu qu'elle devait être devenue jugement, c'est-à-dire revêtue de l'ordonnance; il faut donc fatalement attaquer l'ordonnance et ce par voie d'appel.

La distinction que nous proposons peut paraître quelque peu subtile, nous le reconnaissons; c'est une théorie que nous émettons.

Demandons-nous donc tout d'abord quels sont les caractères de cette ordonnance? Certains auteurs, notamment M. Mongalvy, p. 249, pensent que le président ne donne qu'un simple visa; c'est une formalité purement matérielle qui ne fait que compléter la sentence, qui lui donne ce qui lui manquait, c'est-à-dire la force exécutoire. Au surplus, ajoute-t-on, l'art. 1028 ne prévoit-il pas les cas de nullités dont peut être inficiée une sentence et n'indique-t-il pas, aussitôt, le remède à employer; permettre au président un droit d'examen, de contrôle, c'est annihiler cet article, le juge n'a pas ce pouvoir arbitraire qui constituerait un empiètement de la juridiction forcée sur la juridiction volontaire. On termine, enfin, en disant que cette ordonnance est un acte de la juridiction gracieuse, les parties n'étant point appelées devant le président (Rennes, 29 avril 1893 (1^{er} arrêt); Rec. de Rennes, 93-250).

Un autre système, qui est l'opposé du précédent, estime que le président doit examiner si les règles de forme sont bien appliquées. Si les parties étaient capables de compro-

mettre, enfin si le fond est bien ou mal jugé (Boitard, II, n° 1200).

Nous pensons qu'entre ces deux systèmes on peut en placer un troisième et nous nous associons à la théorie de M. Chauveau, question 3360. Sans doute, le président ne sera pas tenu de donner un simple visa. Raisonner ainsi ce serait méconnaître la nature du pouvoir judiciaire qui serait forcé de consacrer des décisions contraires aux lois qu'il est chargé de faire appliquer; mais, pousser les conséquences à l'extrême comme le fait le second système, c'est aller trop loin. Si, donc, une sentence arbitrale est nulle pour une des causes de l'art. 1028, le président devra quand même revêtir la sentence de la force exécutoire, les parties peuvent renoncer à cette nullité et cela n'a rien de contraire à ce que nous avons dit plus haut, en considérant comme nulle la renonciation anticipée; les parties, ici, pouvaient facilement se rendre compte des conséquences de cette renonciation. Il y a-t-il mal jugé? Ce n'est pas le président qui en est l'appréciateur, c'est la partie. L'une des parties est-elle incapable? C'est elle seule, en vertu de l'art. 1125 du Code civil qui pourra se prévaloir de la nullité, et la partie capable ne pourra nullement attaquer la sentence pour ce grief; la nullité est établie en faveur de l'incapable et non contre lui. Quel sera donc le rôle du président? Il devra, tout d'abord, vérifier si le compromis a trait à des matières sur lesquelles on ne pouvait transiger, une question d'État, par exemple; si la sentence ne porte pas atteinte à la morale, à l'ordre public, aux bonnes mœurs; si les mesures d'exécution ordonnées sont légales. De tout ceci, il ressort clairement que nous attribuons le caractère contentieux à l'ordonnance d'*exequatur*.

Cette ordonnance pourra être attaquée dans deux cas pour cause d'incompétence du président. L'art. 1020 indique quel

est le magistrat compétent. Si le président se déclare incompetent, il ne manquera pas de motiver sa décision; s'il ne statue pas sur sa compétence et que l'une des parties estime qu'il était incompetent, devant la juridiction que nous allons, tout à l'heure, déterminer, elle fera valoir les moyens à l'appui de son recours.

Le refus de rendre l'ordonnance peut également donner lieu à recours; si le refus est motivé, rien de particulier à dire; si le refus était pur et simple, il y aurait déni de justice et, par conséquent, lieu à prise à partie.

Du caractère contentieux, nous en déduisons que l'ordonnance d'*exequatur* n'est sujette qu'à appel. L'opposition ne peut se concevoir, elle est interdite d'une manière générale en toute cette matière, art. 1016, § 3. De plus, l'ordonnance d'*exequatur* portant elle-même les motifs qui forment la base de cette décision, forme un véritable jugement que l'on doit donc attaquer par les voies ordinaires; l'appel seulement est possible. Quelle que soit donc la cause pour laquelle on attaque l'ordonnance d'*exequatur* ce sera le recours devant le juge supérieur qu'il faudra employer (Bastia, 10 mars 1846; D., 46-2-73; Bordeaux, 6 mars 1882; G. P., 83-1-93). Ces deux arrêts ont, suivant nous, le tort de refuser l'opposition, parce que l'art. 1028 ne comprend pas les demandes en nullités basées sur la compétence. Ces arrêts tombent dans cette confusion dont nous avons parlé plus haut; si la solution est juste, les motifs en sont erronés ¹.

M. Carré, question 3361, résout la question, suivant une distinction. L'ordonnance est-elle apposée par un président incompetent, on doit employer l'opposition devant le Tribunal, la sentence n'est pas, dans ce cas, un véritable jugement;

1. Les parties n'étant point appelées devant le président, il ne peut être question de défaut.

l'appel n'est donc pas possible. Si, au contraire, il s'agit de refus d'ordonnance parce que le compromis viole un principe d'ordre public, c'est l'appel, car, alors, cette ordonnance aura tous les caractères d'un jugement d'une décision judiciaire (Rennes, 13 mai 1813; dans le même sens, Goubeau, p. 403; Mongalvy, n° 641; Chauveau, question 3361).

Ce système nous fournit les critiques suivantes :

1° Y eût-il lieu à opposition? Ce n'est pas le Tribunal qui serait compétent, ce serait le président lui-même; nous avons trop souvent énoncé les motifs de notre opinion pour les répéter ici;

2° Quant à dire que le président incompetent n'aurait pas qualité pour rendre la sentence exécutoire, cela n'est pas exact. Un jugement rendu par des juges incompetents *ratione personæ* ou *ratione loci* n'en est pas moins un jugement et la nullité dont il est atteint est susceptible de ratification; et la jurisprudence tend à considérer comme une incompetence relative la nullité tirée de ce que serait le président d'un Tribunal, autre que celui dans le ressort duquel la sentence a été prononcée, qui aurait rendu l'ordonnance d'*exequatur*. Si l'incompétence était à raison de la matière, il en serait, suivant nous, la même chose, car l'ordonnance d'*exequatur* conserve la force exécutoire, tant qu'elle n'a pas été annulée;

3° La distinction proposée ne repose sur aucun texte, sur aucun fondement, sur aucun principe, car, ainsi que nous l'avons dit, que l'ordonnance soit motivée sur la question de compétence ou qu'elle ne le soit pas, elle n'en conserve pas moins le caractère du jugement. Cette distinction, en outre, est arbitraire dans le silence de la loi, on ne saurait trop s'écarter des principes généraux et on est fort tenté, souvent, en s'en écartant, de remplir le rôle de législateur.

Quelques arrêts, cependant, sont en faveur de l'opposition, notamment : Bourges, 20 mars 1830, et les renvois à la note se prononcent pour la compétence du Tribunal, et Rennes, 29 avril 1893 (1^{er} arrêt), cité déjà.

La doctrine de cet arrêt ne saurait être acceptée par nous. La Cour admet que c'est par voie d'opposition que l'on doit se pourvoir contre l'ordonnance d'*exequatur*, elle en donne un premier motif qui impliquerait plutôt que cette ordonnance ne serait susceptible d'aucun recours. « Attendu que l'ordonnance d'*exequatur*, dont la sentence arbitrale doit être » revêtue, n'est point un acte de juridiction contentieuse, les » parties n'étant point appelées devant le président du Tribunal à discuter si cette ordonnance peut ou non être » accordée. » Mais, où nous ne comprenons plus rien, c'est lorsque l'arrêt dit que l'opposition est seule recevable aux termes de l'art. 1028. Or, il ne s'agissait point dans l'espèce d'une demande en nullité de la sentence arbitrale, mais, d'une fin de non-recevoir à l'appel tirée de la renonciation à cette voie de recours.

CHAPITRE IV

Des décisions des Consuls.

Les différends qui existent entre Français résidant à l'étranger peuvent être portés devant nos consuls à l'étranger. La Cour d'Aix est compétente pour statuer sur les appels pour Constantinople, les Échelles du Levant, la Barbarie, la Perse¹. En ce qui concerne la Cour de Saïgon, une loi du 28 avril 1869 attribue à cette Cour les appels des jugements des tribunaux consulaires de Chine, du royaume de Siam, du Japon; pour les États de l'Iman, de Mascate à la Cour de la Réunion; pour les autres pays étrangers devant la Cour du continent le plus rapproché du lieu où réside le consul français qui a prononcé la sentence attaquée (Ord. de 1631, liv. I, titre IX, art. 18). Mais l'édit de juin 1778, art. 37 et 38, encore en vigueur aujourd'hui, est le texte fondamental en la matière. L'appel est possible quel que soit le montant de la valeur en litige, c'est ce qui ressort très nettement de l'art. 37 de l'édit de 1778. Les consuls ne forment pas, en effet, une juridiction régulière; par suite, la garantie que l'on peut attendre d'eux est moins grande que celle que l'on peut exiger d'un tribunal régulier².

1. L'art. 37 de l'édit de juin 1778, encore en vigueur aujourd'hui, est ainsi conçu : « Les appellations des sentences de nos consuls établis, tant aux Echelles du Levant qu'aux côtes d'Afrique, ressortiront à notre Parlement d'Aix et quant aux autres consulats à celui de nos Parlements le plus proche du lieu où la sentence aura été rendue. » Les Cours d'appel ont remplacé les Parlements.

2. Un décret du 26 janvier 1894 a créé une Cour d'appel à Hanoï, dont la juridiction s'étend sur les pays de protectorat de l'Annam et du Tonkin.

CHAPITRE V

Des décisions non susceptibles d'appel¹.

Après avoir étudié les règles tracées par le législateur pour l'appel, après avoir posé ce principe qu'il est de droit commun en notre législation, cette institution ayant toujours été en France très populaire, voyons, maintenant, si, cependant, la loi ne l'a pas prohibé en certaines matières.

Nous savons qu'au-dessous d'un certain taux, l'appel n'est pas possible ; le législateur n'a pas voulu multiplier, dans les litiges de peu d'importance, les frais qui auraient absorbé la valeur, objet du procès. Disons, cependant, que la législation actuelle n'est pas conséquente avec elle-même, car un litige dont la valeur est supérieure à 100 fr., mais inférieure à

1. Nous trouvons à Rome des décisions que l'on ne pouvait attaquer par appel, mais les motifs sont différents de ceux que nous allons rencontrer plus loin. Nous avons déjà signalé les jugements nuls et les sentences arbitrales, nous complétons maintenant cette énumération. On ne pouvait appeler d'une sentence rendue par l'empereur ; devant quel juge se serait-on pourvu (l. I, § 1, Dig., *A quibus appellari non licet*, XLIX-2). Il en était de même des décisions du préfet du prétoire (*L. unic. Dig., De Officio Præfecti Prætorio*, I-11). Il en était de même des décisions du Sénat (l. I, § 2, Dig., *A quibus appellari non licet*, XLIX-2), et de la sentence rendue par un juge nommé par l'empereur (l. I, § 4, Dig., *eod. tit.*). On ne pouvait également appeler des simples mesures d'exécution qui ne constituaient pas de véritables jugements (l. 4, Dig., *De Appellationibus*, XLIX-1 ; l. 7, § 1, Dig., *De Appellationibus recipiendis*, XLIX-5) ; ces cas requéraient célérité (Sentences de Paul, V-35, § 2). Enfin, le jugement par défaut n'était pas susceptible de cette voie de recours : ceci n'est vrai, toutefois, que vis-à-vis du défendeur que l'on considérait comme ayant acquiescé à la demande ; il était suffisamment averti par la procédure de la contumace (Sentence de Paul, V-50, § 7 bis ; l. 23, § 3, Dig., *De Appellationibus*, XLIX-1). Le demandeur, qui avait laissé défaut, pouvait appeler (l. 28, pr. Dig., *eod. tit.*).

200 fr., est susceptible d'appel, tandis qu'une affaire dont la valeur est de 1,000 fr. est jugée en dernier ressort.

Nous voulons signaler, plutôt qu'étudier, le cas où tout degré de juridiction mis à part, l'appel a été interdit par la loi. Chaque matière formera une section.

SECTION PREMIÈRE

Saisie immobilière.

En cette matière, l'appel est interdit par plusieurs textes, soit pour cause de célérité, soit pour éviter des frais, soit, enfin, dans l'intérêt de tiers; nous étudierons les divers articles dans leur ordre naturel.

§ 1^{er}.

Art. 703. — Le premier jugement que nous rencontrons, non sujet à appel, est le jugement statuant sur une demande de sursis. L'adjudication a lieu à un jour fixé par le Tribunal, art. 695-702; mais, un sursis peut être demandé, et l'art. 703 est ainsi conçu : « Néanmoins, l'adjudication pourra être » remise... pour causes graves et dûment justifiées. »

Ce jugement ne sera susceptible d'aucun recours, - dit l'art. 703, § 3. Le renvoi doit être demandé, il suit de là que le juge ne peut le prononcer d'office et il ne peut même surseoir à statuer sur la demande de renvoi, ce qui constituerait pour nous un renvoi déguisé, ni fixer un délai plus long que celui prévu au § 2 de notre article; dans ce cas, il y aura violation flagrante de la loi et, par suite, lieu à appel.

Que faut-il dire du jugement qui refuse le sursis?

L'art. 703 ne s'occupe que du jugement qui prononce le renvoi, « le jugement qui prononce la remise, dit le § 2. »

« Ce jugement, ajoute le § 3 », nous pensons que le jugement dont nous nous occupons est sujet à appel, et ce, contrai-

rement à une jurisprudence et une doctrine presque unanimement partisans de l'opinion adverse :

1° L'appel est de droit commun, on ne doit donc la prohiber que dans les cas expressément déterminés par la loi, et ces dispositions prohibitives sont de stricte interprétation. Nous avons relu, plusieurs fois, les divers paragraphes de notre article, il nous a été impossible d'admettre la théorie de la jurisprudence ;

2° Le jugement qui refuse le sursis peut préjudicier à celui qui le demande. Supposons, en effet, que le saisissant ait été désintéressé le matin même de l'adjudication ; à l'audience, le débiteur ne pouvant justifier, immédiatement, par titre, de sa libération, il s'élève, alors, un incident entre le saisissant et le saisi et le Tribunal ordonne qu'il sera passé outre. Quelle voie emploiera, alors, le saisi pour faire annuler l'adjudication, si ce n'est la voie de l'appel ? M. Persil (Comm., n° 223, p. 291) commet une confusion, en disant qu'il serait bien dur de refuser à une partie toute voie de recours contre le jugement qui refuse le sursis, car ce sursis peut être nécessaire, s'il est motivé, par exemple, par l'appel d'un jugement antérieur. Dans ce cas, le sursis ne serait pas accordé suivant les prescriptions de l'art. 703, mais bien comme étant de droit, art. 741.

On nous a répondu que le jugement refusant le sursis n'est pas plus susceptible d'appel que celui qui l'accorde : 1° Le Tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier le bien ou mal fondé du renvoi ; 2° Les mots « ce jugement » ne se rattacheraient pas seulement au jugement qui admet le sursis, mais s'appliqueraient au jugement qui statue sur le sursis, jugement dont s'occupe l'article entier (Chauveau, question 2370). La Cour de cassation, dans son arrêt du 16 février 1851 (S., 51-1-260), a également admis cette interprétation (voyez, dans le sens de

l'arrêt de 1851, Rodière, II, p. 285; Rousseau et Laisney, v. vente judiciaire d'immeubles, n° 685). La Cour, dans un arrêt du 5 juin 1861 (S., 61-1-627), a maintenu sa jurisprudence, et, continuant d'appliquer cette théorie jusqu'à l'extrême et par pure logique, elle refuse l'appel contre le jugement qui, après un premier sursis accordé, refuse d'en accorder un second (Cass., 2 avril 1850; S., 50-1-670). C'est, comme on le voit, refuser l'appel d'une manière générale, en matière de sursis (Chambéry, 30 janvier 1889). Cette opinion, qui se base sur une interprétation de l'art. 703, est obligée d'ajouter au texte. N'eût-il pas mieux valu permettre l'appel que de torturer la loi et de lui faire dire ce qu'elle nous paraît ne pas avoir voulu dire (Orléans, 10 janvier 1843; S., 43-2-385).

Mais, du moment que le jugement statue, en même temps, sur un incident, l'appel devient de droit commun. Ainsi, le saisi qui s'opposerait à la fixation de l'adjudication et demanderait un sursis parce qu'il prétend faire déclarer sa libération envers le saisissant et, par suite, faire ordonner la radiation de la saisie, soulèverait ainsi un incident de la saisie immobilière et le jugement qui accorde ou qui refuse le sursis serait susceptible d'appel.

Que faut-il décider au cas où la vente sur saisie a été convertie en vente sur publications judiciaires?

La vente sur conversion, comme on l'appelle couramment, alors même qu'elle est renvoyée devant un notaire, n'a pas pour effet de se transformer en vente volontaire; elle conserve son caractère de vente judiciaire, le but est d'arriver à pouvoir vendre l'immeuble dans les meilleures conditions possibles. Une procédure est substituée à une autre procédure; en un mot, c'est un simple moyen de forme, nous pensons que l'art. 703 lui est applicable et que la jurisprudence qui refuse tout recours, en matière de sursis, doit également se

rencontrer en notre matière (voyez, en effet, Paris, 27 juin 1872; S., 72-2-240).

On peut ajouter : le Tribunal qui tient l'audience des criées, le notaire qui procède à la vente, exécutent un jugement qui a force de chose jugée, ils n'ont pas de pouvoir résultant de la juridiction contentieuse. Si une demande, un incident se produisent, ils doivent en référer de suite au Tribunal. D'ailleurs, les demandes de sursis doivent être portées à l'audience et c'est le Tribunal entier qui doit statuer.

Quant à nous, nous estimons que le jugement qui accorde ou refuse le sursis après la conversion en vente volontaire est susceptible d'appel, non que nous refusions de donner le caractère de vente judiciaire à la vente sur conversion, mais nous tirons argument de l'art. 964 du Code de procédure civile, au titre de la vente des biens immeubles appartenant à des mineurs.

L'art. 743, qui s'occupe de la conversion, renvoie pour les formalités à suivre à l'art. 964. Cet article contient les divers articles de la saisie immobilière qui sont applicables à ces sortes de vente. Or, l'art. 964 ne renvoie pas à l'art. 703; un oubli nous semble d'autant plus difficile à admettre que deux articles, les art. 701 et 705 qui lui sont proches, sont cités. Notre deuxième argument est tiré de l'art. 703 *a contrario*, en admettant que cet article soit applicable à notre matière, ce que nous venons de contester (Orléans, 10 janvier 1843; S., 43-2-385; Paris, 22 novembre 1864; S., 65-2-126; Agen, 20 janvier 1886).

§ 2.

Art. 730. — L'art. 730 renferme trois catégories de jugements desquels on ne peut appeler, ce sont :

1^o Les jugements qui statuent sur les demandes en subro-

gation contre le poursuivant, à moins qu'elles n'aient été intentées par collusion ou fraude. Ces jugements sont plutôt des simples actes de procédure, ils tendent à substituer un autre poursuivant au premier créancier poursuivant qui a abandonné la procédure de poursuites. Le créancier qui se laisse ainsi dépasser ne peut se plaindre de ce résultat qui provient de sa négligence, et, par suite, on comprend que l'appel ne soit pas recevable. Dans les rapports du créancier subrogé et du débiteur saisi, l'appel est-il recevable? On l'a prétendu, la subrogation peut lui causer grief; la substitution d'un poursuivant au premier poursuivant peut ne pas lui être indifférente, le poursuivant antérieur pouvait n'être pas d'une dureté excessive à son égard, tandis que le créancier subrogé pourra se montrer d'une extrême sévérité; le saisi avait opposé des exceptions devant le bien fondé desquelles le créancier poursuivant s'était arrêté.

M. Chauveau (question 2423) pense que dans ces rapports le jugement qui statue sur la demande en subrogation n'est pas susceptible d'appel, il s'appuie sur les travaux préparatoires desquels il résulte qu'aucune distinction ne fut faite. Si le saisi, ajoute notre auteur, a des moyens de nullités à proposer, il doit le faire s'il est encore dans les délais. Nous nous associons à cette opinion. Toutefois, si le droit du demandeur à la subrogation est contesté, si on discute sa qualité, il s'élève alors un incident de saisie et le jugement qui statue sur cet incident est susceptible d'appel.

Ce principe est posé dans un arrêt de Rennes, du 8 novembre 1888 (Gaz. du P., 88-2-650), et dans un arrêt d'Agen du 13 août 1891 (G. P., 91-2-473). Il en sera de même dans le cas où l'on se base, pour contester la qualité du demandeur à requérir la subrogation, sur le motif qu'il ne se serait pas conformé à l'art. 2114 du Code civil, en ne notifiant pas

préalablement la quittance subrogative en vertu de laquelle il agit (Cass., 10 décembre 1888; G. P., 88-2-652). De même si le saisi conteste la validité de la créance du demandeur à la subrogation (Cass., 23 avril 1863; S., 63-1-306). Dans ces espèces et autres semblables, est-il bien juridique d'admettre l'appel? Non, parce que l'on se trouve dans un cas prévu par l'art. 730 et que les moyens invoqués sont de simples défenses à l'action principale? C'est ce qu'a pensé la Cour d'Amiens le 19 juillet 1852 (S., 54-2-42);

2° *Ceux* (les jugements) qui, sans statuer sur des incidents, donneraient acte de la publication du cahier des charges, ou prononceraient l'adjudication soit avant, soit après surenchère. Ces jugements ne sont, en effet, que de simples actes, de simples procès-verbaux.

Du jugement donnant acte de la lecture du cahier des charges, nous n'avons presque rien à dire; mentionnons toutefois que le jugement qui refuse le sursis à la lecture du cahier des charges n'est pas susceptible d'appel, d'après le système de la jurisprudence, théorie de l'art. 703 (Rennes, 20 mai 1854; S., 55-2-628). Celui qui surseoit, au contraire, à cette lecture, est susceptible d'appel (Agen, 28 janvier 1867; S., 67-2-67; art. 694 du Code de procédure civile; Alger, 9 mars 1893).

Quant au jugement d'adjudication, on se demande si l'art. 730, § 2, qui parle d'incident et qui rend le jugement susceptible d'appel, peut recevoir son application. D'une part, ce jugement ne peut statuer sur des nullités antérieures à la lecture du cahier des charges, puisqu'aux termes de l'art. 728 ces nullités doivent être proposées trois jours au moins avant le prononcé du jugement qui en donne acte : il pourrait, il est vrai, statuer sur des nullités postérieures à cette publication, art. 729, mais aux termes de l'art. 730, § 3, les

jugements qui statuent sur ces nullités ne sont pas sujets à appel.

La vérité est que la conciliation des deux paragraphes nous semble fort difficile et fort délicate. La jurisprudence s'est prononcée à diverses reprises et ses décisions sont des questions d'espèces, il nous paraît impossible de tracer une règle fixe. On trouvera une série d'arrêts cités par M. Crépon, n^{os} 1004 et suivants. Citons deux cas où l'appel a été reconnu recevable :

1^o Il s'est élevé, entre deux avoués, une difficulté sur le point de savoir lequel était resté adjudicataire. Dans l'espèce, on demandait, en outre, la nullité de l'adjudication, parce que le président avait fixé le minimum des enchères sans l'assentiment des parties; le jugement qui interviendra ne sera rendu qu'en premier ressort (Cass., 6 août 1857; S., 57-1-762);

2^o Après la publication du cahier des charges est intervenu un autre jugement changeant la composition des lots; le jugement qui prononcera l'adjudication sera susceptible d'appel, ces deux jugements n'en formant qu'un (Limoges, 25 mai 1888; G. P., 88-2, sup. 56). M. Chauveau, consulté sur la question fort intéressante de savoir si le jugement qui prononce l'adjudication et qui statue en même temps sur des nullités proposées le jour même de l'adjudication était susceptible d'appel, entre dans des développements dans lesquels nous ne pouvons le suivre, il procède par voie d'élimination, puis ensuite par voie de distinction, repasse en revue la jurisprudence; nous nous contentons de citer le renvoi à cet auteur, disant comme conclusion que cette question est une question d'espèce (question 2423; Sexies, t. V, 2 vol., p. 1156);

3^o Les jugements qui statuent sur des nullités postérieures à la lecture du cahier des charges.

La procédure est à peu près terminée et il faut en finir, de plus il ne faut pas suspendre indéfiniment les effets du jugement d'adjudication, afin de ne pas prolonger l'incertitude de la propriété et afin de mettre l'adjudicataire à l'abri de toute éviction.

Cette fin de non-recevoir s'applique à toutes les nullités, soit de forme, soit de fond (Cass., 13 juin 1892; D., 92-1-350), que la nullité ait son origine antérieure ou postérieure à cette publication. M. Chauveau n'entend pas l'art. 730, § 3, d'une façon aussi absolue; les moyens tirés du fond proposés par le saisi doivent sans doute être rejetés, mais, entre la publication du cahier des charges et l'adjudication, il peut naître des moyens de nullités, l'art. 729 les prévoit : nullités touchant soit à la publicité, soit à la libération du saisi. Ne pas recevoir l'appel dans ce cas c'est annihiler l'art. 730, § 2, et la Cour de cassation tend à admettre ce principe (question 2423 *ter*). La difficulté, nous l'avons dit, est de concilier les §§ 2 et 3 de notre article. Si l'on applique l'un, il nous paraît impossible de ne pas violer l'autre, la question pourra être tranchée par la réforme du Code de procédure.

Tous les jugements prévus par l'art. 730 deviendraient susceptibles d'appel s'ils étaient rendus par un juge incompétent; par exemple, par un Tribunal qui n'est pas celui de la situation des immeubles saisis, art. 454 du Code de procédure civile.

L'art. 730 est également applicable à la conversion de la saisie en vente volontaire; nous nous sommes expliqué sur le caractère de cette conversion.

§ 3.

Art. 739. — En matière de folle enchère, les jugements statuant sur des nullités sont seuls susceptibles d'appel. C'est,

comme on le voit, l'application pure et simple de l'art. 730. Par nullités, il faut entendre tous moyens, soit de forme, soit de fond. Les demandes en subrogation de poursuites ou de remise de l'adjudication, n'étant pas des incidents de nullités, ne sont pas sujets à appel et, en présence des termes généraux de notre article, nous n'hésiterons pas à refuser l'appel aussi bien contre le jugement qui accorde le sursis que contre celui qui le refuse (Cass., 28 janvier 1884; S., 86-1-373).

§ 4.

Art. 746. — Conversion de vente sur saisie en vente sur publications judiciaires. Nous avons eu déjà occasion de faire connaître quels effets produisait le résultat de cette procédure, nous n'y reviendrons pas, nous nous occuperons seulement de jugement qui statue sur la demande en conversion.

La demande en conversion doit être adressée sous forme de requête du consentement de toutes les parties. Si, donc, usant d'un pouvoir discrétionnaire qu'il tire du § 2 de notre article qui commence par ces mots : « Si la demande est admise, le Tribunal prononce la conversion, » on comprend facilement que ce jugement ne soit pas susceptible d'appel, puisqu'il ne fait que consacrer la volonté des parties; mais, que faut-il décider du jugement qui refuse cette conversion? Il faut, pour résoudre cette question, examiner l'art. 746. Il est composé, comme l'art. 703 que nous avons étudié, de trois paragraphes : l'un s'occupe de la forme de procédure pour obtenir le jugement qui statuera sur la demande en conversion; de celui-là nous n'avons rien à dire. Le second a rapport au jugement qui admet la conversion. Quant au troisième paragraphe, il nous semble avoir une portée plus générale, il prévoit les deux hypothèses, le cas où la conversion est

admise, le cas où elle est rejetée; nous n'en voulons pour exemple que la comparaison de l'art. 703, § 3, avec le § 3 de l'art. 746. Nous avons admis l'appel contre le jugement qui refuse le sursis à l'adjudication, nous avons dit, à ce sujet, que l'art. 703, § 3, ne s'occupe que du jugement qui prononce le sursis; ce dernier paragraphe commence, en effet, par l'adjectif démonstratif « ce, » tandis que le dernier paragraphe de l'art. 746 commence par l'article simple « le. »

Admettre une théorie contraire, comme le fait justement remarquer M. Chauveau (question 2451 *bis*), ce serait rendre absolument incompréhensible ce paragraphe, s'il avait pour but de dire qu'une partie ne peut interjeter appel d'un jugement qui lui alloue ce qu'elle demande (Bourges, 15 mai 1872; S., 72-2-52). Conclusion : Le jugement qui refuse la conversion n'est pas susceptible d'appel.

§ 5.

Art. 838, § 6. — En matière de surenchère sur aliénation volontaire, les jugements qui statueront sur les nullités antérieures à la réception de la caution ou sur la réception même de cette caution et ceux qui prononceront sur la demande en subrogation intentée pour collusion ou fraude, seront seuls susceptibles d'être attaqués par la voie de l'appel. Renvoi à l'art. 730, § 3.

SECTION II

Licitation et partage.

Art. 969. — Licitation et partage. Dans le cours des opérations, s'il y a lieu de pourvoir au remplacement du juge ou du notaire commis, l'ordonnance du président qui pourvoit à ce remplacement est non susceptible d'appel, étant une simple mesure d'ordre.

Art. 973, § 4. — Les difficultés relatives à la sommation de prendre communication du cahier des charges, donnent lieu à des jugements non susceptibles d'appel à moins qu'ils tranchent une question de compétence en même temps (Caen, 27 juillet 1857; S., 58-2-26). Le jugement qui intervient sur des difficultés relatives au cahier des charges n'est susceptible que d'appel.

SECTION III

Ordre.

En matière d'ordre, comme en matière de distribution par contribution, l'appel est de droit commun, un seul jugement prévu par l'art. 761 n'est pas susceptible d'appel. Ce cas ne présente d'ailleurs aucune difficulté.

SECTION IV

Faillite et liquidation judiciaire.

Nous étudierons dans deux paragraphes séparés chacune de ces deux matières.

§ 1^{er}. — *De la faillite.*

La règle en matière de faillite est l'appel, le dernier ressort l'exception, cela ressort des art. 582 et 583 du Code de commerce.

Le premier de ces articles pose la règle, le second renferme les exceptions. Avant de dire quelques mots de chacune d'elles, arrêtons-nous au jugement déclaratif de faillite. On avait douté, avant la loi de 1838 modifiant le régime de la faillite, de la question de savoir si ce jugement était susceptible d'appel; on en doutait d'autant plus que l'art. 437 ancien ne réglait que l'opposition. Depuis la loi de 1838, le doute ne

saurait exister, puisqu'il n'est pas compris dans la nomenclature de l'art. 583 et que l'art. 580 ne défend pas l'appel. De ce qu'un texte ne parle que d'une voie de recours, il ne prohibe pas forcément les autres; l'appel se justifie d'ailleurs par le préjudice considérable, et peut-être trop souvent irrémédiable, qu'éprouve le débiteur par la déclaration de faillite; aussi la question ne se pose-t-elle plus aujourd'hui. Cependant nous croyons utile de rappeler une théorie émise depuis la loi de 1838, qui s'appuie sur les deux moyens suivants pour refuser l'appel. On soutenait : 1° Que le jugement déclaratif de faillite n'émanait pas du pouvoir contentieux du Tribunal; 2° L'art. 582 s'applique seulement aux jugements qui se signifient, ce serait augmenter, d'une façon désastreuse, les frais, s'il fallait signifier ce jugement à tous les créanciers; pas de signification, donc pas d'appel. Ce raisonnement, qui prend pour base la signification d'un jugement pour décider de la recevabilité de l'appel, ne saurait se soutenir (Douai, 6 mai 1850; S., 50-2-441).

Nous poursuivons.

Le jugement qui statue sur la déclaration de faillite d'un commerçant peut être prononcé d'office par le Tribunal de commerce. Si le jugement est rendu par défaut, le failli a l'opposition. Avant la loi du 6 mars 1889, le commerçant pouvait demander lui-même sa mise en faillite. Mais quelle voie de recours emploiera-t-on contre le jugement qui refuse de déclarer la faillite d'un commerçant? Est-il besoin de faire remarquer que ce commerçant se gardera bien d'attaquer par appel (l'opposition n'étant pas recevable) un pareil jugement. Restent les créanciers qui peuvent demander la déclaration de faillite. *Quid* si ces créanciers échouent? Le droit d'opposition ne leur est pas accordé car ils ne sont pas défaillants puisque ce sont eux-mêmes qui se présentent à la barre du

Tribunal. Il leur reste l'appel, ils sont en effet parties au jugement et comme tels ils peuvent saisir le juge supérieur. On pourrait peut-être s'étonner que nous n'accordions pas à ces créanciers l'opposition que leur fournit l'art. 580 du Code de commerce. Voici notre réponse : l'art. 580, en accordant un droit d'opposition, a eu surtout en vue de permettre aux créanciers, qui n'ont pas été parties à l'instance, de pouvoir attaquer le jugement qui statue sur la déclaration de faillite et qui peut leur porter préjudice, c'est une sorte d'action en nullité, de tierce opposition ; mais, dans notre espèce, est-ce que l'appel n'est pas le moyen normal de faire prononcer la nullité d'un jugement ? Il faut donc y avoir recours, toutes les fois qu'il est possible. Le jugement qui refuse la déclaration de faillite n'est donc susceptible que d'appel : c'est ce que nous voulions démontrer.

1° Jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge commissaire (art. 451 et 454), à la nomination ou à la révocation des syndics (art. 462, 467, 529).

Ces jugements constituent de simples mesures d'administration ne touchant en rien aux intérêts des créanciers ou du failli. Il aurait été, en ce qui concerne le juge-commissaire, peu convenable, et c'eût été manquer au respect dû aux tribunaux, d'admettre un recours contre de tels jugements.

2° Jugements qui statuent sur les demandes de sauf conduit (art. 472) et sur celles de secours pour le failli et sa famille (art. 474 et 530).

Il n'y a que le Tribunal en ce qui touche l'incarcération du failli, à pouvoir compétemment apprécier cette mesure, il verra d'après l'état apparent des affaires, d'après la confiance qu'il peut avoir en lui, si le failli est digne d'une mesure de clémence.

Les art. 472, 588, § 3, s'appliquent au jugement qui

accorde ou refuse la mise en liberté provisoire ou ordonne l'incarcération (Toulouse, 5 janvier 1893; D., 93-2-313), mais non au jugement qui statue sur la mise en liberté définitive, le jugement qui la refuse est susceptible d'appel (Montpellier, 11 mars 1871; S., 71-2-110).

Un des effets les plus importants de la faillite est le dessaisissement des biens du failli. Il y a donc lieu à lui fournir durant les opérations de la faillite un secours pour lui et sa famille, c'est une mesure purement provisoire.

3° Les jugements qui autorisent à vendre les effets ou les marchandises appartenant à la faillite (art. 486).

La conservation de certains objets sujets à dépérissement pourrait être fort onéreuse pour la faillite. les syndics peuvent être autorisés à continuer le commerce; ce sont, on le voit, des mesures prises autant dans l'intérêt de la masse que dans l'intérêt du failli.

4° Les jugements qui prononcent sursis au concordat (art. 499 et 512) ou admission provisionnelle de créanciers contestés.

Dans le cas où le Tribunal admet qu'il sera passé outre au concordat, il y a lieu quelquefois de décider si un créancier dont on conteste la créance doit être admis à prendre part au vote, c'est ce qu'on appelle l'admission provisionnelle.

L'art. 583, § 4, étant une exception au droit commun, doit s'entendre dans un sens restrictif, par suite, la prohibition de l'appel ne doit pas s'étendre au jugement qui refuse le sursis (Rennes, 18 juillet 1889; Rec. de Nantes, 90-1-232). Aussi ne pouvons-nous admettre la théorie consacrée le 8 septembre 1890 par le Tribunal de commerce de Bar-le-Duc (G. P., 90-2-593), de laquelle il résulte d'une façon générale que le jugement qui refuse le sursis n'est pas sus-

ceptible de voie de recours. La question ne ferait aucune difficulté, si le jugement, refusant le sursis, statuait en même temps sur une admission provisionnelle; il faudrait dans ce cas repousser l'appel, mais, dans l'espèce, le Tribunal avait rejeté l'admission provisionnelle. Ce jugement nous semble susceptible d'appel à un double point de vue et la Cour de Nancy, en statuant sur l'irrecevabilité de l'appel, tirée de ce qu'il n'avait pas été interjeté dans les délais de l'art. 582, a condamné implicitement la théorie du Tribunal de commerce de Bar-le-Duc (Nancy, 16 décembre 1890; G. P., 91-1-355).

Le jugement homologuant le concordat est-il susceptible d'appel? Nous le pensons. 1° Les créanciers opposants qui ont intérêt à empêcher le jugement d'acquiescer l'autorité de la chose jugée peuvent intervenir sur l'appel des syndics ou former tierce opposition dans le délai de l'art 512 du Code de commerce mais ils ne seraient pas recevables à interjeter appel s'ils avaient laissé expirer les délais de l'article précité, pour deux raisons : la première c'est que le jugement homologuant le concordat est passé en force de chose jugée vis-à-vis d'eux; la deuxième, c'est qu'ils n'ont jamais été parties à l'instance (Paris. 9 août 1893; D., 94-2-32), car de ce jour, le concordat sera obligatoire pour tous (art. 516); 2° L'art. 519 prévoit que ce jugement peut être attaqué par une voie de recours, il commence par ces mots : « Aussitôt que le jugement d'homologation sera passé en force de chose jugée; » 3° Enfin, ce jugement n'est pas compris dans l'énumération de l'art. 583.

La prohibition de l'appel est, dans tous les cas que nous venons d'examiner, si formelle, que le Tribunal a un pouvoir absolu en ces matières; il peut même violer les règles les plus usuelles, notamment la publicité; aucune nullité ne

pourra ouvrir la voie de l'appel; nous avons eu l'occasion d'avoir entre nos mains un arrêt de la Cour de Bordeaux du 21 décembre 1892, qui émet ce principe. Cette décision statue sur un vice de forme résultant de ce qu'il n'y avait pas eu débat contradictoire; violation des droits de la défense, moyen touchant à l'ordre public, la Cour a cependant rejeté l'appel.

Ordonnances du juge-commissaire. — Le juge-commissaire est appelé à rendre des ordonnances, il statue sur le secours à accorder au failli et à sa famille (art. 474). Il autorise la vente des marchandises ou la continuation du commerce (art. 486). Dans le cas où il y a plusieurs syndics, il répartit entre eux les diverses opérations de leur administration (art. 465, 469, 487, 567, etc.):

En principe, ces ordonnances ne sont susceptibles d'aucun recours, sauf exception (art. 453). Les diverses exceptions sont contenues aux articles suivants : 466, 474, 530, 567. Le recours est porté devant le Tribunal (art. 453), mais les jugements qui interviennent ne sont pas susceptibles d'appel (art. 583-5°).

L'art. 474 s'exprime d'une façon défectueuse en disant : « sauf appel », il devait dire sauf recours au Tribunal; le Tribunal de commerce n'est pas une juridiction d'appel par rapport au juge-commissaire. L'art. 453 est une exception au principe que nous avons posé, que l'opposition à une ordonnance doit être portée devant le magistrat qui l'a rendue.

§ 2. — De la liquidation judiciaire.

Jugement qui statue sur l'admission à la liquidation judiciaire (loi du 2 mars 1889, art. 4, § 3). Le jugement qui déclare

ouverte la liquidation judiciaire n'est susceptible d'aucun recours ¹. Était-il vraiment besoin de le dire, le débiteur qui a présenté sa requête obtient ce qu'il demande, l'appel ne peut donc se comprendre. L'appel des créanciers n'est pas possible puisqu'ils ne peuvent jamais être parties au jugement qui fait droit à cette requête ². Mais, il peut arriver qu'en même temps que le débiteur demande le bénéfice de la loi du 2 mars 1889, ses créanciers déposent une demande en déclaration de faillite ¹, l'art. 4 s'est occupé de cette situation et admet l'appel, c'est encore consacrer purement et simplement le droit commun, l'appel est en effet possible. Si le jugement refuse aux créanciers la faillite, les deux demandes ayant été jointes, les créanciers sont parties au procès, ils peuvent interjeter appel.

L'art. 4, § 3, en ce qui concerne l'appel était donc inutile ³.

Le jugement qui refuse d'admettre un débiteur au bénéfice de la liquidation judiciaire est sujet à appel. On a contesté cependant cette proposition. Aucune voie de recours ne peut être admise d'une façon générale contre le jugement qui statue sur la demande en liquidation judiciaire, on s'appuie sur l'art. 2 de la loi de 1889 qui veut que la liquidation judi-

1. A la différence de la faillite qui peut être prononcée à la requête d'un créancier, la liquidation judiciaire ne peut être demandée que par le débiteur lui-même.

2. Il en serait autrement si le jugement accordant la liquidation judiciaire était rendu en fraude de la loi; si, par exemple, plus de quinze jours s'étaient écoulés entre le moment où la requête a été présentée et la date à laquelle la cessation de paiement s'était produite. Mais, dans ce cas, il y aura presque toujours une demande en déclaration de faillite de la part des créanciers (Pau, 29 novembre 1894; Gaz. du P., 95-1-426).

3. En présence des termes impératifs du § 3 de l'art. 4 en ce qui concerne le jugement qui admet la liquidation judiciaire, on aurait pu hésiter pour le jugement qui statue en même temps sur une demande de mise en faillite et d'admission à la liquidation judiciaire, le § 3 *in fine* fait cesser le doute.

ciaire ne soit ordonnée que sur requête adressée au Tribunal du domicile du débiteur, d'où on conclut que le Tribunal de commerce est seul compétent, et qu'une Cour ne peut, en réformant un jugement, prononcer la liquidation judiciaire (Lecomte, traité de la liquidation judiciaire, n° 428). Nous répondrons que : 1° L'art. 4, § 3 n'est pas une dérogation au droit commun, que le législateur, comme nous l'avons vu, pouvait se dispenser de l'écrire; 2° S'il constituait une exception, il ne parle que du jugement qui déclare la liquidation judiciaire ouverte, donc le jugement qui refuse au débiteur ce bénéfice, tombe sous l'application du droit commun (Lyon, 5 juin 1889; G. P., 89-2-89).

D'après l'art. 24, toutes les dispositions du Code de commerce qui ne sont pas modifiées par la présente loi continuent de recevoir leur application en cas de liquidation judiciaire comme en cas de faillite, il en résulte notamment que l'art. 583 du Code de commerce reçoit son application dans ses dispositions qui sont compatibles avec la nouvelle législation. Nous en concluons, que ne sont pas susceptibles d'appel :

1° Les jugements relatifs à la nomination, au remplacement, à la révocation soit des liquidateurs, soit des contrôleurs; au remplacement des juges-commissaires;

2° Les jugements qui prononcent sursis ou concordat;

3° Les jugements de recours contre les ordonnances du juge-commissaire.

On n'a pas à s'occuper en cette matière de l'incarcération du liquidé, incarceration qui est incompatible avec l'économie de la loi, ni du recours à accorder au liquidé et à sa famille, la liquidation judiciaire à l'encontre de la faillite n'emportant pas le dessaisissement.

Le jugement qui met fin à la liquidation judiciaire, au cas

où le concordat n'a pas été voté, peut prononcer la faillite du liquidé, soit d'office, soit d'après les circonstances. Dans tous ces cas, le jugement qui prononce sur la mise en faillite est susceptible d'appel, soit de la part des faillis, soit de la part du syndic. Ce jugement ne fait point partie de la catégorie des décisions non susceptibles de recours. Ce point ne fera sans doute aucune difficulté (Bordeaux, 22 juin 1892 ; D., 94-2-37).

Dans d'autres matières spéciales telles que l'expropriation pour cause d'utilité publique, le timbre, l'enregistrement, les contributions directes ou indirectes, l'appel a été interdit contre certaines décisions ; nous ne pouvons nous étendre sur ces exceptions, car il faudrait étudier presque complètement ces matières ; nous renvoyons donc aux traités spéciaux.

2^e DIVISION

Des Décisions dont les Cours d'appel connaissent comme premier et deuxième degré.

Nous savons maintenant de quelles décisions peuvent connaître les Cours d'appel; nous avons ensuite énuméré sommairement les quelques exceptions à cette règle. Nous avons ainsi épuisé la première division de notre première partie; nous devons, en effet, tout d'abord faire connaître le droit commun qui édicte les deux degrés de juridiction, nous devons exposer les principes qui l'ont fait admettre, enfin, nous devons faire connaître l'utilité de ces juridictions supérieures. Les Cours d'appel, comme le nom l'indique, jugent en second et dernier ressort; nous l'avons dit dans nos préliminaires, pour qu'une Cour soit compétemment saisie, il faut que l'affaire qu'on lui soumette ait déjà subi un premier degré de juridiction : telle est la règle. Mais à cette règle, il y a des exceptions. Il y a des demandes qui peuvent être portées *de plano* devant la Cour. Ce sont ces exceptions qu'il nous faut maintenant aborder. Nous suivrons, autant que possible, la marche de la procédure et nous étudierons dans autant de chapitres chacune des matières dont nous aurons à nous occuper et dont voici l'énumération : 1^o Intervention; 2^o Demandes nouvelles; 3^o Évocation; 4^o Exécution des arrêts; puis quelques procédures spéciales, demandes en paiement formées par les avoués, règlement du juge, requête civile, tierce opposition, etc.

CHAPITRE I^{er}

De l'Intervention.

Une instance engagée entre plusieurs parties ne produit généralement effet qu'entre ces parties; c'est un principe consacré par les lois romaines « *Sæpe constitutum est res inter alios judicata aliis non præjudicare*, » dit la loi 63 D., *De re judicata*, XLII-1, axiome bien connu, principe répété d'une façon moins concise dans la loi 2 C., *De quibus res judicata non nocet*, VII-56. Mais il peut arriver qu'un procès engagé entre deux plaideurs puisse, par répercussion, causer préjudice à un tiers; supposons que Primus ait vendu un immeuble à Secundus; Tertius revendique cet immeuble; du sort de l'instance dépendra un recours de Secundus contre Primus. La loi, dans l'espèce que nous avons prise, permet, il est vrai, un recours en garantie de Secundus contre Primus; mais, supposons que Secundus n'use pas de ce recours, Primus, restant étranger au procès, pourra cependant prendre part à la lutte en intervenant et en se rendant ainsi partie au procès. On vient donc de voir que certains procès peuvent rejaillir contre des tiers; le législateur devait fournir à ces tiers un moyen de se défendre; il leur a mis deux procédures à leur disposition : 1° La tierce opposition, qui est un moyen d'attaquer le jugement; c'est ce qu'on appelle une voie réparatoire; 2° Il leur a également donné un moyen préventif pour empêcher ce préjudice et leur permettre de ne pas attendre l'issue du procès; ce moyen, c'est

justement l'intervention. On peut donc définir l'intervention un moyen fourni à toute personne qui n'a pas été partie à un procès, pour lui permettre de faire reconnaître ses droits et de les faire respecter.

Nous verrons, par les explications qui vont suivre, que ces deux voies ne peuvent pas toujours être employées indifféremment. L'intervention est une demande principale, mais incidente; principale en ce sens qu'elle commence une nouvelle instance. C'est le premier acte de procédure de la part de l'intervenant; mais incidente, car elle est relative à une instance déjà pendante : nous verrons les conséquences de ce deuxième caractère. L'intervention peut se produire en première instance ou en appel : nous n'aurons à nous occuper, bien entendu, que de cette dernière; du reste, en principe, les caractères de l'intervention en appel sont les mêmes que l'intervention en première instance.

Sur l'intervention en appel, nous étudierons les deux sections suivantes : 1^o Conditions de l'intervention ; 2^o Formes et effets de l'intervention.

SECTION PREMIÈRE

Conditions pour que l'intervention soit admise.

Cette matière est régie par l'art. 466 du Code de procédure civile, qui ne parle que d'une seule condition, l'autre étant aussi bien applicable à l'intervention en première instance qu'à l'intervention en appel. Il faut que la partie qui intervienne puisse former tierce opposition; il faut, en second lieu, que l'on ne soit pas partie au procès. En première instance, un simple intérêt suffit pour être admis à intervenir; comme on le voit, le Code se montre plus rigoureux pour l'intervention en appel; cela se comprend facilement; c'est

que la cause a déjà subi un premier degré de juridiction et que la négligence des tiers ne doit pas leur profiter; de plus, l'intervention supprime un degré de juridiction, ce que le législateur ne devait admettre qu'exceptionnellement. Nous allons étudier successivement les deux conditions exigées.

§ 1^{er}. — *Il faut pouvoir former tierce opposition.*

Telle est la première et la principale condition; on peut même dire celle qui mesure le droit d'intervention, car c'est elle qui devra être résolue préjudiciellement pour savoir si l'on doit admettre ou refuser l'intervention. L'intervention est, comme on le sait, un moyen préventif fourni par le législateur pour éviter la multiplicité des procès, la dépense de frais considérable et peut-être même la contradiction dans les décisions judiciaires. Il faut donc avoir intérêt à reviser le préjudice que pourra causer l'arrêt, ou à faire disparaître celui qui est causé par le jugement, car l'art. 466 ne distingue pas entre le jugement intervenu et l'arrêt à intervenir; il faut un préjudice imminent qui expose celui qui n'a pas été partie à l'instance à le voir produire effet contre lui, mais non un simple préjugé. Celui qui fait juger une cause entre lui et son adversaire n'obtient pas pour cela un jugement opposable à une tierce personne, puisque les juges ne peuvent prononcer par dispositions réglementaires, la chose jugée, n'étant que relative, s'y opposerait. De plus, un simple préjugé ne menace aucunement le tiers, puisqu'il faudra recommencer le procès pour obtenir un titre exécutoire contre lui; aussi estimons-nous, avec M. Talandier (n° 288, p. 298), qu'un simple préjugé ne suffit pas pour admettre l'intervention. Prenons un exemple dans la jurisprudence, pour bien mettre en relief notre

pensée : plusieurs individus, Primus, Secundus et Tertius ont, pour abrégér leur chemin, passé sur une propriété privée, tous les habitants d'une partie d'une commune passent pour aller au chef-lieu de la commune par un sentier qui traverse un champ. Un beau matin, le maître du champ se fâche et intente à Primus et à Secundus une demande en dommages-intérêts pour dommage causé à sa propriété; Tertius pourra-t-il intervenir? Non, car quelle que soit l'issue du procès, Tertius n'éprouvera aucun préjudice, il ne pourra former tierce opposition, il en sera quitte, s'il veut éviter un procès, à ne pas repasser sur cette terre inhospitalière et à faire un plus grand détour pour arriver à son but, mais où est le dommage que lui cause le jugement ou l'arrêt; le propriétaire était libre de fermer son passage, il n'a fait qu'user de son droit en le faisant; Tertius n'a pas à s'en plaindre, et s'il continue à passer sur le terrain défendu, il faudra que jugement soit obtenu contre lui, pour le contraindre à cesser, car nul ne peut se faire justice soi-même; c'est ce qu'a très bien jugé, suivant nous, le Tribunal de Vervins, le 12 février 1886 (G. P., 86-2-27). Mais la jurisprudence, et notamment la jurisprudence de la Cour de cassation, n'est pas en ce sens; elle se base, il faut bien le reconnaître, sur un moyen pratique qui n'est pas sans valeur, et sa théorie conduit à éviter des procès successifs, à l'avance de frais considérables : il est inutile de recommencer plusieurs fois un même procès, de soumettre aux mêmes juges les mêmes questions; les parties seules étant changées, il est plus simple d'en finir de suite; l'intention est bonne, nous le reconnaissons, mais elle est contraire aux principes du droit, et elle viole manifestement l'art. 1351 du Code civil. Citons un exemple tiré d'un arrêt de la Cour suprême du 8 juillet 1889 (G. P., 89-2-612). Plusieurs obligataires avaient intenté une

action contre les administrateurs d'une société comme responsables du préjudice qui serait résulté pour eux de leur souscription, à l'emprunt auquel ils n'avaient souscrit que sur la foi de prospectus mensongers. La Chambre civile a rejeté le pourvoi des administrateurs, basé sur la violation des art. 464, 466, 474 du Code civil contre l'arrêt de la Cour de Paris du 26 mars 1886, qui avait déclaré valable l'intervention d'autres obligataires et les avait admis à faire reconnaître le principe de la responsabilité de ces administrateurs vis-à-vis d'eux, et à obtenir à leur profit le remboursement de leurs obligations en ce sens (Paris, 19 décembre 1889; G. P., 90-1-313).

La question pourrait peut-être paraître plus délicate si le défendeur a un titre commun avec plusieurs autres personnes; Primus est créancier d'une rente contre Secundus et Tertius, en vertu d'un seul et même titre; la rente ne lui étant pas servie, il assigne Secundus; Secundus prétend qu'il n'est plus débiteur de la rente et succombe. Sur appel de Secundus, Tertius peut-il intervenir en appel pour appuyer la demande de l'appelant? Nous ne le croyons pas, car, de deux choses l'une, ou bien la rente est due solidairement par Secundus et Tertius; or, ce qui est jugé avec Secundus l'est également avec Tertius, et Tertius ne doit pas, dans ce cas, procéder par voie d'intervention, mais par voie d'appel; ou bien la rente est simplement conjointe, alors, ce qui est jugé avec Secundus ne préjudicie en rien à Tertius.

Celui qui intervient en appel et qui, par suite, peut former tierce opposition, peut-il suivre à son choix l'une de ces deux voies? il faut, suivant nous, distinguer :

1° Le jugement qui lui cause préjudice n'est pas encore frappé d'appel. Il a, dans ce cas, le choix le plus absolu; libre à lui, en effet, d'intenter une action ou bien de

s'adjoindre à une procédure future, et par conséquent d'attendre ;

2° Le jugement est frappé d'appel et il a formé antérieurement tierce opposition, nous pensons que l'intervention n'est plus possible ; l'art. 466 du Code de procédure civile implique, en effet, un choix ; le tiers peut, pour ne pas s'exposer aux frais d'un procès, faire statuer par une seule et même décision sur le fond et sur son intervention, ou il peut se pourvoir par action principale, c'est-à-dire par tierce opposition, mais ce choix une fois fait, il est irrévocable. A quoi, du reste, lui servirait son intervention : ou bien le jugement, qui lui cause préjudice sera confirmé, et alors la tierce opposition sera maintenue, et il pourra en continuer la procédure, ou il y aura réformation, sa tierce opposition tombera si la nouvelle décision ne lui cause plus aucun dommage.

Enfin, la décision frappée d'appel n'est point attaquée par la voie de la tierce opposition, l'intervention, dans ce cas, sera seule possible pour le tiers : l'appel, par suite de son effet dévolutif, remet tout en question ; le jugement est sans effet, tant qu'un arrêt n'est pas venu le confirmer, par suite, la tierce opposition ne saurait être admise contre un titre qui ne produit aucun résultat juridique, il a l'intervention, il n'est donc pas en péril. Cette opinion est en faveur du tiers qui aura plus d'intérêt à faire statuer la Cour, par un seul et même arrêt, que de solliciter d'elle deux arrêts séparés sur la même question ¹.

Cette digression terminée, nous revenons à la recevabilité de l'intervention et nous pensons, avec la jurisprudence et les

1. Nous supposons au texte que la tierce opposition est impossible, tant que l'appel n'a pas été vidé. Il est bien entendu que cette voie réparatoire est ouverte une fois l'arrêt prononcé. Ce que nous voulions démontrer, c'est que le choix entre l'intervention et la tierce opposition n'est pas toujours réalisable.

auteurs, qu'un intérêt moral basé sur l'honneur est suffisant pour intervenir valablement. Le notaire pourra intervenir dans une instance où l'on attaque, soit par l'inscription de faux, soit pour toute autre cause de nullité, un acte de son ministère (Rennes, 28 avril 1892; Rec. de Rennes, 92-393) et cette intervention peut même se produire en cause d'appel, alors que les moyens aient été invoqués en première instance (Cass., 26 janvier 1886; S., 88-1-299). L'intervention doit autant que possible être favorisée, celui que l'on attaque et de l'absence duquel on profite peut-être pour mieux chercher à l'écraser, doit être mis à même de se défendre. Il faut donc lui permettre de se rendre partie à l'instance, et de répondre aux assertions de ses adversaires. De même, le tiers qui, au cours d'une instance en séparation de corps, ou toute autre, se croit diffamé, soit par parole, soit par écrit, peut intervenir en tout état de cause. On avait douté, pour le procès en divorce et séparation de corps, à raison de la nature spéciale de ces instances; la jurisprudence a appliqué avec raison les règles ci-dessus exposées; nous ne voyons, en effet, aucun argument qui puisse les faire écarter, la morale et la décence commandent, même à l'audience, une retenue et une circonspection qui s'imposent là, plus que partout ailleurs (Rennes, 30 mai 1876; S., 76-2-204; Poitiers, 11 juillet 1892; D., 94-2-149¹).

M. Chauveau (question 1681 *ter*) critique cette jurisprudence et il fait une distinction. Les hypothèses de l'intervention soit d'un officier ministériel, soit d'un tiers diffamé se confondent ensemble :

1° C'est devant les premiers juges que se produit l'incident pouvant donner naissance à l'intervention. Le jugement déclare la pièce fausse, par exemple; dans ce cas, suivant

1. Art. 41, loi du 29 juillet 1881, sur la presse (Barbier, Code de la presse, t. II, n° 789, § 2, p. 290, n° 800 et suiv.).

notre auteur, l'intervention de l'officier ministériel n'est pas recevable, parce que le jugement ne peut être attaqué de sa part, par voie de tierce opposition, il ne lui porte aucun préjudice direct, qui puisse être exécuté immédiatement contre lui et qui ne soit réparable que par la rétractation du jugement. C'est tout au plus un préjugé;

2° Mais, si c'est en appel que se produit pour la première fois l'inscription de faux, il y a là une demande nouvelle permise qui autorise le tiers à se défendre et par suite à intervenir.

Cette distinction ne nous paraît pas justifiée, si l'inscription de faux qui est permise pour la première fois en appel, non pas parce que c'est une demande nouvelle exceptionnellement autorisée, mais bien un moyen nouveau, se produit seulement devant la Cour, il est clair qu'il ne saurait être question d'intervention ou de tierce opposition en première instance, mais ce moyen s'est-il développé en première instance, le jugement qui déclare la pièce fausse cause un préjudice moral qui est admis comme suffisant pour former tierce opposition (Dalloz. v. tierce opposition, nos 108 et 109).

Si le tiers se prétend diffamé par les motifs d'un jugement, et que le dispositif soit muet à son égard, ce n'est pas par une intervention en appel qu'il pourra faire réformer le jugement, car on ne forme tierce opposition qu'au dispositif, il devra en ce cas prendre la voie de la prise à partie (Limoges, 27 juin 1890, D., 92-2-384). Cependant, il résulte d'un arrêt de la Cour suprême du 5 août 1886 (G. P. 86-2-318) que ce qui est vrai du dispositif, n'en est pas moins vrai des motifs. Cet arrêt casse un arrêt de la Cour d'Aix (pourvoi formé dans l'intérêt de la loi); nous croyons utile de citer quelques lignes du réquisitoire qui accompagne cet arrêt, et qui a été prononcé par M. le Procureur général Ronjat : « Si la condamnation

» contenue dans le dispositif peut seule entraîner des effets
» légaux, la déclaration de culpabilité qui résulte des motifs
» est de nature à entraîner des conséquences morales d'une
» extrême gravité. » Le célèbre magistrat parlait, il est vrai,
en matière criminelle, n'en doit-il pas être de même en
matière civile? Cette solution tendrait à le faire croire.

Nous ne quitterons pas l'intérêt moral sans dire quelques
mots des questions d'état. Là l'intérêt moral se joint, il est
vrai, à l'intérêt pécuniaire, mais enfin, un intérêt d'honneur
domine toutes ces sortes de procès, voyons ce que devient
l'intervention. Prenons une espèce. Primus, se disant fils légi-
time de Prima, assigne celle-ci pour qu'elle lui reconnaisse son
état d'enfant légitime, il n'assigne pas le mari de Prima, et la
légitimité est reconnue ; Primus est donc bien le fils de Prima
et, en conséquence, il peut, en invoquant la maxime « *pater is
est*, » dire avoir pour père le mari de Prima.

Le mari de Prima peut-il intervenir en appel? Nous ne le
pensons pas ; disons tout d'abord que c'est une question fort
controversée que de savoir si l'état d'une personne est divi-
sible ou indivisible (Aubry et Rau, VI, § 544 *bis*, texte et
notes 27 et 28).

Pour nous, qui admettons l'application pure et simple des
règles de la chose jugée, ce jugement ne préjudicie nullement
au père qui est un tiers par rapport à l'enfant, pourquoi donc
lui permettre l'intervention quand nous lui refuserions la
tierce opposition..

Cette façon de résoudre cette difficulté pourra être cri-
tiquée, on nous reprochera peut-être d'admettre un peu trop
facilement l'intervention dans des questions où l'honneur est
engagé et de la refuser dans d'autres qui intéressent non
seulement les parties et un tiers, mais des familles, la société
elle-même. Notre réponse sera facile. Dans les hypothèses

où nous avons admis l'intervention, nous avons vu qu'une personne était directement attaquée; il faut donc lui permettre de se défendre; mais quand un enfant réclame un état autre que celui qu'il a, qu'il n'avisage à l'instance qu'une partie de ceux qui pourraient être ses contradicteurs, c'est qu'il a manifestement l'intention de leur rester étranger. pourquoi donc une intervention sans utilité et sans objet? La jurisprudence admet l'intervention dans notre hypothèse (Cass., 9 juillet 1879; S., 80-1-241; Rominville, 31 janvier 1883; G. P., 83-2-142, 4^e partie).

L'intervention, nous l'avons dit, est un moyen préventif qui, comme tel, doit être admis dans la mesure la plus large; mais il ne faut pas cependant violer la loi, pour la permettre. Il est un autre article du Code de procédure civile, qu'il ne faut pas non plus oublier, c'est l'art. 464, la prohibition des demandes nouvelles. Il faut que l'intervention se rattache au procès, il ne faut pas qu'elle lance dans le débat une question étrangère, et qui n'aurait pas subi le premier degré de juridiction. Ainsi on ne pourrait dans une instance où il s'agit entre deux communes d'un droit de paccage y introduire par intervention une question de servitude au profit de particuliers (Besançon, 16 juin 1891; G. P. 91-2-12); l'intervenant pourra soit soutenir l'appelant, soit venir au secours de l'intimé, soit proposer des moyens qui lui seront propres, mais il ne pourra, sous aucun prétexte, introduire une question étrangère au débat, sous peine de se voir opposer la fin de non-recevoir tirée de l'art. 464 du Code de procédure civile (Poitiers, 18 juillet 1894; G. P., 94-2-313).

L'intervention n'est valable qu'autant que la demande à laquelle elle vient se joindre est elle-même valable. Si donc, l'appel, pour quelque cause que ce soit, se trouve nul ou non recevable, l'intervention suivra le même sort; cette solution

n'est du reste que très logique. Ou bien le jugement a causé préjudice, le tiers aura, au lieu de l'intervention, la faculté de former tierce opposition, une des deux voies de recours est disparue. Ou il est intervenu sur l'appel, le jugement ne lui causait pas dommage, mais il craignait que l'arrêt pût lui porter grief. Il n'a plus rien à craindre et son intervention serait alors sans objet (Amiens, 16 juin 1892; D., 94-2-102; voir la note sous Rouen, 5 mars 1890; D., 92-2-320).

Une question fort délicate est celle de savoir si l'intervention peut être admise sur appel de référé. Par quatre arrêts, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée pour l'irrecevabilité, 28 novembre 1868, 29 novembre 1887, 24 juillet 1888, en note sous Paris, 9 juillet 1891 (D., 92-2-394) et enfin un arrêt du 2 août 1893.

L'économie générale de ces décisions consiste à dire que la tierce opposition est inconciliable avec le caractère provisoire des ordonnances de référé qui, du reste, ne peuvent causer aucun préjudice au principal, qu'elles comportent une certaine urgence, une grande célérité, que ce serait leur enlever ces caractères que d'admettre la tierce opposition ¹.

Nous préférons admettre la théorie consacrée par l'arrêt du 9 juillet 1891, rapporté ci-dessus, et rendu conformément aux conclusions de M. l'avocat général Sarrut, nous croyons devoir reproduire une partie des considérants qui concernent l'intervention :

« Considérant que, s'il est vrai de dire en principe que
» l'intervention est inadmissible au cours d'une instance en
» référé, cela tient à ce que, dans la grande majorité des
» cas, les mesures provisoires ordonnées par le juge ne sont

1. La question de savoir si les ordonnances de référé sont susceptibles de tierce opposition est elle-même très controversée (Rodière, t. II, p. 373; Chauveau, question 2773 *bis*; Debelleye I, p. 440).

» que des moyens d'instruction destinés à sauvegarder les
» droits des parties instanciées ou à instancier au principal.
» mais que la règle générale écrite dans l'art. 466 reprend
» tout son empire lorsque la mesure sollicitée doit nécessai-
» rement, comme dans l'espèce, préjudicier aux droits de la
» partie intervenante, exposée à être privée, pendant un
» temps plus ou moins long, de bénéfice d'un contrat qui lui
» est propre, et de la libre disposition d'une propriété à
» laquelle, en vertu de ce contrat lui-même, elle paraît
» pouvoir seule prétendre. » Cet arrêt fait une distinction
fort sage, le référé peut se produire à l'occasion d'une ins-
tance, mais il peut aussi se produire en dehors de tout procès,
quel sera donc, pour le tiers, le moyen de réagir contre l'or-
donnance ou l'arrêt de référé. L'ordonnance est une véritable
décision judiciaire, elle a beau être provisoire, elle n'en sub-
siste pas moins ; quel sera donc le moyen pour le tiers de la
faire tomber. Une action principale contre les parties, c'est
engager un procès peut-être bien onéreux, une seconde ins-
tance en référé. Ce serait possible, mais il pourra également
y avoir appel de la deuxième ordonnance. On va saisir la
même Cour et tout probablement la même Chambre du
deuxième appel. Elle va connaître deux fois de la même cause,
n'est-il pas plus simple, plus économique, plus rapide, d'arriver
au même résultat par l'intervention. La Cour de Paris
paraissait vouloir fixer en ce sens sa jurisprudence ;
quelques jours avant, le 6 juillet 1891 (Fr. Jud. 91-299),
elle rendait un premier arrêt conforme à notre théorie : nous
savons qu'elle n'y a pas persisté.

Pour terminer notre première condition de recevabilité,
demandons-nous si l'intervention est permise dans une de-
mande en péremption. Nous le pensons et nous nous
appuyons sur l'intérêt qu'a l'intervenant à ne pas laisser

tomber l'instance principale pour ne pas être obligé lui-même d'engager la procédure de tierce opposition. Il pourra prendre lui-même la direction de la défense, si l'appelant ne se défend pas ou néglige de se défendre.

On nous objecte que l'instance en péremption est une instance séparée qui ne regarde pas les tiers, qui ne s'agit qu'entre parties à l'instance. Ce raisonnement ne procède pas, tout au moins, en ce qui regarde l'appel, car, aux termes de l'art. 469, la péremption fait passer le jugement dont appel en force de chose jugée. Le tiers qui intervient a donc intérêt à empêcher cet effet de se produire, et le résultat de l'instance en péremption ne lui est pas non plus indifférent, car si la péremption est admise, son intervention tombera; il aura, il est vrai, le secours de la tierce opposition; si la péremption est rejetée, son intervention sera valable et il pourra prendre part au débat sur le fond. Nous admettons de même que l'intervention pourra se produire après le désistement offert, mais non accepté. L'intervenant pourra discuter le désistement et, au besoin, déjouer la fraude qui aurait pu être concertée entre l'appelant et l'intimé.

On vient de voir que la recevabilité de l'intervention en cause d'appel se mesure d'après la possibilité de former tierce opposition; signalons une exception à cette règle, en matière de partage, l'art. 882 du Code civil défend de former tierce opposition au partage, alors qu'il y a été procédé sans fraude; mais il permet l'intervention.

§ 2. — *Il faut, en second lieu, ne pas avoir été partie au procès, ou ne pas y avoir été représenté.*

1° Ne pas avoir été partie au procès. Cette proposition entendue dans un sens absolu n'est pas exacte; aussi, M. Talandier, qui admet d'une façon générale cette condition

n° 284, p. 298, nous paraît ne pas avoir résolu la difficulté; il cite un arrêt de la Cour de Limoges, du 30 décembre 1826, qui ne nous paraît pas venir à l'appui de sa proposition.

La solution de cette question mérite les distinctions suivantes; mais, avant de les énumérer, précisons bien la portée de notre règle.

Primus, demandeur, intente un procès à Secundus et à Tertius, deux défendeurs, qui ne sont liés ni par la solidarité, ni par l'indivisibilité : Primus perd son procès, il fait appel vis-à-vis de Secundus, seulement; il est clair que Tertius ne pourra intervenir s'il n'a pas été avisagé à l'instance d'appel; il pourra en résulter contre Primus une fin de non-recevoir contre l'appelant qui n'a pas mis sa procédure en état. D'ailleurs, quel intérêt Tertius aurait-il à intervenir, puisqu'il a gagné son procès, le jugement qui a été rendu ne peut lui causer préjudice; il n'a rien à craindre de l'arrêt qui interviendra, puisqu'il ne pourra lui être opposable, art. 1351 du Code civil. Ainsi, entre les parties en cause, pas d'intervention possible; qui dit intervention, suppose implicitement que l'on n'a pas été avisagé à l'instance. Cependant, nous allons voir maintenant que, quelquefois, la partie au procès en première instance peut intervenir en appel.

1^{re} Hypothèse. — Reprenons nos trois plaideurs : Primus, demandeur; Secundus et Tertius, défendeurs, et Quartus, intervenant; Primus perd son procès et Quartus, intervenant, ne voit pas le bénéfice de ses conclusions adjugé. Le jugement est notifié à la requête de Secundus et de Tertius à Primus et à Quartus. Ceci posé, Quartus ayant intérêt à faire réformer le jugement, comment devra-t-il procéder? Par son intervention? Non. Quartus s'est rendu partie au procès, ayant intérêt à faire réformer le jugement, il devra former appel

principal dans les délais de l'art. 443 et non intervenir sur l'appel de Primus, autrement on arriverait à permettre la réformation d'un jugement qui a acquis l'autorité de la chose jugée. Ce sera donc à lui de se pourvoir en temps utile. Il y aura deux appels principaux, mais qui, vu leur connexité, seront joints.

2° *Hypothèse*. — Prenons toujours nos quatre personnages : Quartus en première instance a obtenu d'être admis à intervenir et ne prend pas de conclusions tendant à faire admettre une prétention qui lui soit particulière, il se contente d'adhérer aux conclusions, soit du demandeur, soit des défendeurs. Primus perd son procès et appelle ; il intime Secundus et Tertius et laisse de côté Quartus contre lequel, supposons-le, il n'avait pas conclu en première instance ; que pourra faire ce dernier ? Quartus est ici partie au procès et il pourra, cependant, intervenir ; admettre le contraire ce serait le mettre dans l'impossibilité de se défendre, il pourrait former tierce opposition et il ne pourrait intervenir, ce serait contraire à l'art. 466 et c'est cependant à quoi mènerait la théorie de M. Talandier.

L'arrêt qu'invoque cet auteur ne nous paraît pas décisif, car il n'indique pas l'espèce qu'il vise et ne statue que d'une façon générale sur la question d'intervention. Ici, on ne peut pas toujours invoquer le défaut de mise en état de la procédure, car, souvent, celui qui se porte appelant, n'aura pas conclu contre l'intervenant. D'autre part, l'intervenant qui pourrait se porter appelant aimera mieux, pour éviter des frais considérables, rester intervenant. La jurisprudence est dans ce sens (Angers, 1^{er} mars 1892 ; Rec. de Rennes, 92-120).

On voit donc que la formule de M. Talandier est trop géné-

rale et nous croyons devoir la poser ainsi : Pour intervenir en appel, il faut ne pas avoir été partie à l'instance principale, ou, si on a été partie au jugement, ne pas avoir intérêt à faire réformer personnellement le jugement dont on a appelé; la preuve qu'une personne a été partie dans une instance ne résulterait pas suffisamment des qualités; elles sont l'œuvre des avoués ou du greffier, elles n'ont aucun caractère authentique, et leurs mentions peuvent être combattues par la preuve contraire; l'intervenant est admis à faire cette preuve et la théorie opposée aboutirait à une absurdité, car ce serait faire résulter une fin de non-recevoir de la nullité ou de la fraude qu'il veut dévoiler pour sa défense (Grenoble, 5 mars 1888).

§ 2. — *Il faut ne pas avoir été représenté.*

La deuxième partie de notre proposition est de n'avoir pas été représenté. Nous devons rechercher qui est ou non représenté dans une instance. Les représentants sont légaux ou conventionnels, il ne faut pas être l'ayant cause de l'une des parties à l'instance, telles sont les trois questions qu'il nous faut étudier.

1^{re} QUESTION. — *Des représentants légaux.* — Les représentants légaux sont le tuteur, le subrogé-tuteur, le syndic de faillite, le maire, le préfet.

Le mineur, devenu majeur depuis l'appel interjeté, ne peut donc pas intervenir sur l'appel interjeté, soit par son tuteur, soit contre lui, il peut simplement agir lui-même à l'instance en prenant la place de son tuteur. Le subrogé-tuteur n'a pas qualité pour intervenir dans l'instance où se trouve engagé un mineur représenté par son tuteur, il n'est investi, en effet, que d'une mission de surveillance des actes du tuteur; il ne

peut agir que lorsque les intérêts du tuteur sont en opposition à ceux du mineur, ou bien encore s'il y a fraude entre le tuteur et ses adversaires (Pau, 5 mai 1891; D., 92-2-192).

De même, les créanciers d'une faillite ne peuvent intervenir dans une instance où le syndic y est partie, ce dernier représente la masse, et l'intervention d'un créancier ferait double emploi (Paris, 26 novembre 1889; G. P., 89-2-670); mais, du moment qu'un créancier a des intérêts opposés à ceux des syndics, qu'il a des moyens personnels à faire valoir, son intervention sera recevable en appel. Ainsi l'a jugé la Cour de Paris dans un arrêt du 5 juillet 1889 (Grande Compagnie d'assurances, G. P., 89-2-399), en décidant que le créancier ne peut intervenir à côté du syndic d'une faillite dont il fait partie de la masse, qu'autant qu'il a des intérêts différents et des moyens distincts à faire valoir, qu'il peut surtout en être ainsi lorsqu'il s'agit de la nullité d'une société et de l'exercice d'actions sociales à l'égard desquelles ce créancier peut fournir des renseignements utiles. Les créanciers non représentés par le syndic peuvent tout naturellement intervenir lorsqu'ils se trouvent être dans les conditions légales pour intervenir; en voici un exemple : L'associé commanditaire n'est pas représenté par le syndic de la faillite de la société en nom collectif dont il est le commanditaire; par suite, il a qualité pour intervenir dans une instance engagée contre le syndic par les créanciers personnels de l'un des associés en nom collectif (Toulouse, 19 janvier 1885; G. P., 85-2-5). Quant aux créanciers d'un liquidé judiciaire, ils peuvent intervenir dans les procès intentés par ou contre le liquidé, alors même que le liquidateur judiciaire serait en cause. Le jugement qui prononce la liquidation judiciaire place le débiteur dans une situation qui offre de grandes analogies avec la curatelle de notre droit

civil; le liquidateur prête son assistance au liquidé judiciaire, il complète sa personne juridique, à eux deux ils forment une personne capable; la personne du liquidé reste debout avec une capacité restreinte, le liquidateur la complète, et si l'on veut nous permettre une comparaison tirée de nos souvenirs du droit romain, on peut dire que le liquidé judiciaire agit « *tutore auctore*, » il en résulte que les créanciers non représentés peuvent intervenir dans les procès intéressant le liquidé (Paris, 12 juillet 1889; G. P., 89-2-259); un arrêt de la même Cour du 2 décembre 1891 (G. P., 91-2-709) semble admettre la théorie contraire en refusant l'intervention des créanciers dans de telles conditions; mais en lisant attentivement l'arrêt, on peut voir que la société dont il s'agit, dans l'espèce, antérieurement à sa liquidation judiciaire avait été en état de liquidation amiable et, par suite, était représentée à l'instance par le liquidateur amiable, leur mandataire conventionnel les représentant tous, par suite, ils ne pouvaient plus ultérieurement agir eux-mêmes. Le mari est, sous le régime de la communauté, le chef absolu; il peut aliéner, hypothéquer les biens communs sans le concours de la femme, il peut exercer seul les actions mobilières et possessoires concernant les propres de sa femme, mais il lui faut le concours de cette dernière pour les actions immobilières. La femme ne pourra que très rarement intervenir dans les procès où son mari est en cause; cependant, si un intérêt contraire existe entre elle et son mari, son intervention serait recevable. Nous pensons qu'elle pourrait intervenir dans les procès où elle aurait intérêt à effectuer ses reprises ou à veiller à l'existence de son hypothèque légale. Quant au régime dotal, le mari n'a que l'administration des biens dotaux, le mari ne pourra donc que très rarement agir seul, il ne saurait être question, dans ce cas, d'intervention de la part de la femme.

En ce qui concerne les communes représentées par leurs maires, les habitants ne peuvent intervenir dans une instance intentée par ou contre la commune, lorsque le maire est en cause (Besançon, 16 juin 1891; G. P., 91-2-12).

2° QUESTION. — *Des représentants conventionnels.* — Les parties, soit qu'elles ne veulent pas agir elles-mêmes, soit qu'elles se trouvent dans l'impossibilité de pouvoir défendre à une instance ou de l'intenter, peuvent choisir un mandataire qui agira en leur nom, fera tous les actes nécessaires; mais ces mandataires, à la différence des représentants légaux, ne sont pas parties à l'instance, et ils doivent indiquer le nom de leur mandant, et faire, à sa requête, tous les actes que nécessite le procès. Ils ne peuvent agir en leur nom propre sous peine de se voir opposer l'adage : « Nul en France, hormis le roi, ne plaide par procureur. » On ne peut plaider pour autrui, prendre la place du véritable intéressé, mais on peut agir en son nom; le mandataire, en notre droit, représentant le mandant. Les avoués eux-mêmes n'agissent pas en leur nom propre, quoiqu'on leur ait conservé la dénomination des anciens « *procuratores ad lites*, » et qu'on les appelle encore aujourd'hui « *domini litium*. » Cela est si vrai qu'ils ne peuvent faire aucune offre sous peine de l'action en désaveu; leur mandat consiste bien, il est vrai, à paraître devant la justice, en ce sens que le juge ne connaît pas la partie et ne connaît que l'avoué; mais c'est une pure question de forme qui ne change rien à la théorie du mandat.

Mais, il est une catégorie de représentants particuliers qui, si on peut leur donner ce nom, se trouve encore assez fréquemment devant la justice, c'est le prête-nom. Le prête-nom est un personnage qui agit en apparence en son nom propre, mais qui, en réalité, cache un tiers. On le trouve

surtout en matière d'assurances. Une clause assez répandue dans les polices d'assurances contre les accidents défend au patron actionné par un ouvrier victime d'un sinistre, de mettre en cause la compagnie, c'est au patron à se défendre lui-même, sauf son recours contre cette dernière en cas de condamnation. Le véritable intéressé peut-il intervenir dans une instance où son prête-nom est partie. M. Talandier, p. 314, pense que les poursuites faites sans fraude par le prête-nom profitent au véritable ayant droit; ce dernier peut en tout état de cause, demander à paraître au procès, et il pourra le faire sans intervention. Cette solution doit être acceptée sans réserves, quel que soit le peu de faveur dont nous entourons en général le prête-nom. Cette façon de procéder ne nous plait pas; une partie qui n'ose pas affronter la barre se cachera volontiers derrière un prête-nom moins craintif. Cette manière d'agir sert le plus ordinairement à dépister la justice, à essayer de la tromper. Le prête-nom cependant peut avoir son utilité : il peut éviter la multiplicité des procès et par là diminuer les frais : à ce dernier point de vue nous en reconnaissons toute l'efficacité. Le prête-nom, dans le sens juridique du mot, représente la partie; c'est elle-même, en définitive, qui est à l'instance et du moment que le représentant ne veut plus continuer d'agir en cette qualité, qu'il a démasqué la personne qu'il cachait, ou dès que celle-ci s'est fait connaître, elle prend alors la place de son gérant d'affaires, elle devient partie à l'instance, elle la continue. Aussi ne voyons-nous nul besoin d'avoir recours à l'intervention dont l'inutilité est manifeste. Comparez : Angers, 10 mars 1894, Recueil de Rennes, 94-246.

3^e QUESTION. — *Des ayants cause.* — Nous avons vu que certaines personnes étaient représentées dans les

instances, d'autres pouvaient se choisir un mandataire. Il nous faut étudier maintenant une troisième catégorie de personnes qui, par les liens de droit qui les unissent aux parties en cause, se trouvent représentées sans qu'il y ait besoin d'éveiller l'idée du mandat. Ce sont les ayants cause des parties ; ils tiennent les droits de ces derniers qui sont leurs auteurs et qui les représentent *ipso facto* dans les divers actes qu'ils accomplissent. A ce mot d'ayant cause, on oppose celui de tiers. Le Code n'a donné aucune définition du mot tiers, et l'acception dans laquelle il doit être pris dépend de la matière que l'on étudie. Nous avons eu déjà l'occasion de le dire bien souvent, c'est surtout pour cette dernière classe de personnes que l'intervention a son utilité, il nous faut donc définir ce qu'on entend par tiers en matière d'intervention. Le tiers est toute personne qui n'a aucun lien avec les plaideurs ; le procès qui va se juger ne l'intéresse en aucune façon, au point de vue des personnes, mais son intérêt crée un rapport entre elle et l'objet en contestation.

Ainsi, Primus et Secundus se disputent la propriété d'un immeuble, intervient Tertius qui prétend en être le véritable propriétaire. Aucun lien ne lie les parties, mais, l'objet de la contestation, jugé dans tel ou tel sens, produira des effets qui pourront rejaillir sur Tertius intervenant.

L'ayant cause, au contraire, tient ses droits de son auteur. Ainsi, l'acquéreur tient tous ses droits de son vendeur et tout ce qui a été jugé avec son vendeur lui est opposable. Les ayants cause sont l'héritier, le légataire universel, à titre universel ou particulier, l'acquéreur, le cessionnaire, le donataire, enfin les créanciers chirographaires, la caution, le co-débiteur solidaire ; mais, ces personnes peuvent quelquefois devenir des tiers par suite de circonstances particulières que nous devons signaler.

L'acquéreur, le donataire, le cessionnaire sont représentés par le vendeur, le donateur, le cédant, dans les instances qui sont antérieures à la vente, la donation ou la cession. Si, donc, un jugement est rendu contre le vendeur, le donateur ou le cédant, antérieurement au contrat, mais qu'un appel soit interjeté postérieurement à sa passation, l'acquéreur, le donataire ou le cessionnaire ne peuvent, par suite, intervenir devant la Cour. Mais après la vente, la donation, la cession, le vendeur, le donateur et le cessionnaire ne représentent plus les personnes qui ont traité avec elles et, par suite, celles-ci deviennent des tiers qui peuvent former tierce opposition. Prenons un exemple : Primus, se croyant propriétaire de l'immeuble (il a juste titre et bonne foi), vend cet immeuble à Secundus; un certain temps se passe et, avant les délais de l'usucapion achevés, Tertius revendique contre Primus l'immeuble objet de la vente, Primus dessaisi ne peut plus représenter Secundus, ce dernier est un tiers qui pourra former tierce opposition au jugement qui déclarerait Tertius propriétaire et qui, par suite, pourra intervenir sur l'appel de Primus.

Le co-débiteur solidaire, qui peut invoquer un moyen personnel tel que la remise de la dette qui lui aurait été consentie par le créancier ou encore le bénéfice du terme, la caution, qui se trouve en mesure de recourir au bénéfice de discussion ou au bénéfice de division, sont des tiers par rapport au débiteur principal; aussi, peuvent-ils former tierce opposition au jugement intervenu entre le créancier et ce dernier. Par suite, ils peuvent intervenir en appel. Le vendeur, le cédant devant garantie, peuvent intervenir dans les instances entre un tiers et l'acquéreur, entre le débiteur et le cessionnaire; ils sont des tiers, ils pourraient, au surplus, être mis en cause par leurs ayants droit; ils peuvent donc

intervenir. Il en est de même du garant qui n'a pas été avisé à l'instance et qui peut se retrancher derrière le bénéfice de l'art. 1640 du Code civil.

Les créanciers chirographaires ne peuvent intervenir; ils ont suivi la foi de leur débiteur, ils n'ont pas exigé de gage spécial, leur débiteur reste donc libre de disposer de son patrimoine comme il l'entend, ce qui est jugé avec ce dernier est jugé avec les premiers. Du reste, ne pouvaient-ils pas intervenir en première instance à leurs frais et pour surveiller les agissements de leur débiteur; s'ils ne l'ont pas fait, ils ne peuvent s'en prendre qu'à leur négligence (Nancy, 10 avril 1894; G. P., 94-2-316). Mais, le créancier qui est intervenu en première instance peut intervenir en appel, il devra le faire à ses frais, car, s'il avait un moyen personnel à faire valoir, un intérêt quelconque à faire réformer le jugement, il devrait, comme nous l'avons dit déjà, se porter appelant principal. Quant aux créanciers hypothécaires, il faut faire une distinction où le titre constitutif de leur hypothèque est antérieur à l'introduction de l'instance; ce sont, par rapport au débiteur principal, des tiers; ils ont intérêt à ce que leur titre ne soit pas nul, ils pourront former tierce opposition au jugement et, par suite, intervenir en appel (L. 29, § 1; D., *De re jud. except.*, XLIV-2). Si, au contraire, le titre constitutif d'hypothèque est postérieur à la demande, il porte sur une chose qui est soumise à une condition résolutoire, la solution du procès, et il tombera si cette condition vient à se réaliser. Tous ces principes ne reçoivent leur application qu'autant que le débiteur n'a pas agi par fraude; au cas où la fraude existe, le débiteur ne représente plus ses créanciers, car il est inadmissible que ceux-ci lui aient donné mandat de les tromper. Ces créanciers sont donc des tiers et,

par suite, jouissent des prérogatives que nous leur connaissons (Cass., 14 avril 1891; G. P., 91-1-651).

En étudiant les effets de l'intervention nous verrons un autre cas, déjà signalé du reste, qui permet au créancier d'intervenir. L'état et la capacité des personnes ne font point partie de son patrimoine, les créanciers ne peuvent donc, sous aucun prétexte, intervenir dans ces sortes de procès. L'art. 1166 du Code civil le dit en toutes lettres, leur intervention n'est point permise dans les procès relatifs au divorce, à la séparation de corps, à l'interdiction au procès touchant à la filiation et au désaveu de paternité. La séparation de biens ne peut être demandée par les créanciers de la femme, cette question touche trop à la vie domestique pour que des tiers puissent venir troubler la bonne harmonie qui règne entre les époux.

Mais, une fois intentée, les créanciers du mari peuvent intervenir en première instance, les craintes du législateur n'ont plus raison de se renouveler; ceux qui sont restés étrangers à la procédure ne pouvant former tierce opposition, art. 873 du Code de procédure civile, ne peuvent intervenir sur l'appel du jugement ayant statué sur cette demande. Quant aux créanciers de la femme, ils ne peuvent non plus demander la séparation de biens, malgré le consentement de la femme, mais, ils peuvent sauvegarder leurs droits : en agissant en leur nom personnel, il ne peut donc être question d'intervention (art. 1446, C. civ.).

Certaines corporations interviennent dans les procès qui intéressent un de leurs membres, telles sont les chambres d'avoués ou de notaires, les conseils de l'ordre des avocats. Ces interventions sont-elles régulières? L'intervention a pour but de porter un appui moral, un concours salulaire au membre qui est en cause, la corporation en outre est inté-

ressée à la solution de la question soumise au juge. La Cour de Paris a admis cette intervention pour la Chambre des avoués, le 15 juillet 1826, dans une affaire où l'on contestait à un avoué le droit de plaider les causes sommaires, autres que les incidents de procédure; et, dans une autre affaire où l'on déniait également à un avoué le droit de plaider un incident de saisie immobilière, la Cour de cassation, le 30 décembre 1878 (P. 80-1-305), a refusé le droit à la Chambre des avoués d'intervenir. Nous croyons que la Cour suprême a raison. En effet, le jugement ou l'arrêt ne causent pas préjudice à la corporation tout entière; ils ne s'adressent qu'à l'avoué en cause, et seulement pour le procès dans lequel a été soulevé l'incident. La Chambre n'aura donc pas qualité pour former tierce opposition, et, conséquemment, elle ne pourra intervenir en appel. Voyez cependant des décisions en sens contraire (Crépon, n^{os} 1818 et suiv.). La Cour de Paris a eu, le 26 juillet 1894 (G. P. 94-2-242), l'occasion de se prononcer sur cette question, dans une affaire très récente, et qui est encore à la mémoire de tous, nous voulons parler de l'affaire Laguerre contre le conseil de l'ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris. Le conseil de l'ordre du barreau de Figeac, auquel est inscrit actuellement M^e Laguerre est intervenu devant la Cour de Paris, sur l'appel interjeté par son membre, d'un jugement du Tribunal de la Seine du 4 mai 1894. Ne nous attachant qu'au considérant principal qui statue sur l'intervention, la Cour, pour rejeter cette intervention, pose un principe qui nous paraît très juridique : ce qui est en contestation, dit en substance la Cour, ce n'est pas la régularité de l'inscription de M^e Laguerre au tableau des avocats de Figeac. Les droits de M^e Laguerre, ne sont ni atteints ni restreints. Le barreau de Figeac ne voit aucune de ses prérogatives

diminuées, mais l'un de ses membres est atteint d'une incapacité personnelle que la Cour constate simplement. Cette décision fait reposer la recevabilité de l'intervention sur l'intérêt général qui peut résulter pour la corporation entière de la décision qui sera prononcée, si cet intérêt général est menacé, si on supprime certaines prérogatives à l'un de ses membres sans cause légitime, alors l'intervention sera possible, mais si l'intérêt particulier est seul en jeu, si la décision est motivée par des circonstances spéciales, propre au membre qui est l'objet de la poursuite, aucune intervention ne sera possible.

L'intervention ne serait pas possible, au cas où l'avoué, ou l'avocat, prétendraient exercer des droits, que la loi ne leur confère pas; l'intérêt général n'est nullement en cause, c'est pour cela que nous avons repoussé la doctrine de l'arrêt de Paris du 15 juillet 1826, et, que nous souscrivons à l'arrêt de la Cour suprême du 30 décembre 1878. La Cour de Lyon a, dans une matière analogue, jugé, le 15 mars 1888, que le syndicat des herboristes, représentant et défendant les intérêts de la corporation, n'a cependant pas qualité pour intervenir dans une poursuite exercée par le ministère public contre un de ses membres, ni pour prendre la défense de celui-ci, ni pour se substituer à lui, ni pour le représenter en justice; il n'a pas été institué pour la défense des individus et de leurs intérêts particuliers, mais bien pour sauvegarder les intérêts généraux de la corporation.

SECTION II

Des Effets de l'intervention.

L'art. 466 qui a eu pour but, comme nous l'avons déjà dit, de mettre un terme à l'esprit de chicane, n'avait pas de précédent dans les législations antérieures. En droit romain,

cette intervention était inconnue, et ce à cause du système formulaire. La délivrance de la formule ayant pour résultat la « *litis contestatio* » qui détermine d'une façon précise et irrévocable les parties en cause, s'oppose à l'immixtion de tout tiers dans le procès, puisqu'il fallait nécessairement passer par les deux phases du *jus* et du *judicium*, l'intervention en appel était donc impossible.

Dans notre ancien droit, au contraire, l'intervention était d'un usage trop fréquent, et elle servait à créer les abus les plus criards, nous en citons un exemple. Certaines personnes jouissaient du privilège de *committimus*, c'est-à-dire d'une prérogative d'être jugées par des juridictions spéciales : un plaideur qui avait un procès devant une juridiction ordinaire, et qui voulait faire traîner ce procès en longueur, pouvait s'adresser à l'une de ces personnes, et la prier d'intervenir dans l'instance : c'est ce qu'on appelait mendier l'intervention. Le résultat de cette intervention mendiée était de saisir la juridiction privilégiée de la connaissance préalable de sa recevabilité, recevabilité qui ne se jugeait pas avec célérité ; de là, des lenteurs apportées à la solution du procès principal, résultat que cherchait et qu'obtenait le plaideur. En droit canonique, au contraire, cet inconvénient n'existait pas, on joignait la recevabilité de l'intervention à la connaissance du fond : l'inconvénient que nous venons de signaler disparaissait. Le droit intermédiaire est muet sur l'intervention en appel, et il faut arriver au Code de 1808, pour que sa recevabilité soit réglée.

Ces quelques principes historiques rappelés, nous devons nous demander quels effets produit l'intervention. Et tout d'abord on doit distinguer plusieurs interventions, l'intervention volontaire, c'est celle que nous avons jusqu'ici étudiée, l'intervention forcée dont nous dirons quelques mots.

§ 2. — *De l'intervention volontaire.*

L'intervention volontaire se subdivise en intervention agressive et en intervention conservatoire.

L'intervention agressive se produit toutes les fois qu'un tiers intervenant propose des moyens personnels pour sa défense, il reste partie distincte, ne faisant cause commune avec aucune des autres parties ; en un mot, il agit comme s'il était partie principale à l'instance, en veut-on un exemple : Primus et Secundus sont en procès au sujet d'un immeuble dont tous deux se prétendent propriétaires, survient Tertius qui se dit être le véritable propriétaire et qui revendique à son tour l'immeuble, on le voit les parties ont chacune des intérêts distincts et opposés, chacun agit pour son compte. C'est surtout pour l'intervention agressive qu'a été écrit l'art. 466. L'intervention conservatoire repose au contraire sur une idée plus pacifique, elle peut se concevoir sous deux aspects : 1° Une personne est attaquée ou attaque : un tiers, qui peut lui fournir des moyens de défense et qui est lié avec elle par une communauté d'intérêts, peut intervenir pour lui prêter main-forte ; 2° C'est, par exemple, un créancier qui craint la négligence de son débiteur, qui redoute ses maladresses, il pourra venir se placer à côté de lui et pourra proposer tous les moyens que le débiteur aura négligés ou n'aura pas voulu présenter.

Cette distinction n'a pas seulement un intérêt doctrinal, elle produit deux effets pratiques :

1° L'intervention agressive n'est permise qu'aux tiers : l'intervention conservatoire est permise aux ayants cause. Ainsi un créancier pourra très bien intervenir en cause d'appel s'il présume la fraude de son débiteur ;

2° Quant à la répartition des dépens, l'intervention est-elle

agressive, l'intervenant se trouve dans la position d'une partie qui doit supporter ou ne pas supporter les dépens, suivant qu'elle succombe ou qu'elle triomphe. Dans l'intervention conservatoire, au contraire, l'intervenant doit intervenir à ses frais, sa présence n'est pas nécessaire à l'instance, s'il y vient, c'est dans son intérêt exclusif ; les parties ne doivent pas en souffrir ; il doit supporter les frais nécessités par son intervention, aussi bien ceux qu'il expose, que ceux que sa présence a nécessités.

Ces questions de terminologie écartées, voyons maintenant quels sont les effets de l'intervention. Nous les citerons seulement, leur étude ne cadrant pas avec notre ouvrage :

1° L'intervention ne peut retarder le jugement du procès. Cet effet résulte de l'art. 340 du Code de procédure civile qui est également applicable en appel. Nous avons signalé les abus qui existaient dans l'ancien droit, le législateur n'a pas voulu qu'ils se reproduisent sous une autre forme. C'est donc à celui qui intervient d'intervenir en temps utile ;

2° L'intervention produit dans certains cas une prorogation de juridiction.

Primus, habitant Paris, cède à Secundus, qui habite à Rennes, une créance sur Tertius, qui habite Rennes également. A l'échéance, Secundus actionne Tertius qui prétend ne rien devoir, la créance étant éteinte depuis longtemps. Tertius succombe et appelle Secundus devant la Cour de Rennes, Primus pourra intervenir devant cette même Cour.

§ 2. — *Intervention forcée.*

Le Code ne s'occupe nulle part de l'intervention forcée ; voici sur quoi elle repose. Le tiers qui peut former tierce opposition peut intervenir volontairement en appel : retournons

ce principe et disons : « la partie qui craint que tierce opposition soit formée, peut forcer le tiers à intervenir. » L'intervention forcée en première instance avait été admise sans difficultés. Mais, au point de vue de l'intervention forcée en appel, on a émis quelques doutes, cependant, cette question doit être résolue affirmativement : si une partie peut volontairement intervenir en appel, il est tout juste qu'elle puisse être contrainte d'y intervenir. Que nous reproche-t-on, le grand argument de la théorie adverse, c'est de supprimer un degré de juridiction, à la partie que l'on force de venir *de plano* devant la Cour. Cet argument ne tient pas : 1° L'intimé pouvait venir directement devant la Cour par son intervention : il ne peut donc se plaindre qu'on lui fasse franchir ce premier degré de juridiction, on le force à faire ce que tout simplement il pouvait faire lui-même ; 2° Si plus tard, il veut former tierce opposition à l'arrêt, il devra porter son action devant la Cour qui a rendu l'arrêt : l'argument ne porte donc pas (Bordeaux, 23 mai 1892 ; D., 92-2-453).

La Cour de Rennes, dans un arrêt du 27 juillet 1818, a cependant jugé, contrairement à l'opinion que nous émettons, qu'on ne pouvait admettre l'intervention forcée en appel. « Considérant que la règle des deux degrés de juridiction est » un principe général, auquel on ne peut admettre d'autres » exceptions que celles qui sont formellement permises par la » loi, laquelle n'autorise nulle part l'intervention forcée. » Nous avons répondu par avance à ce grief, la mise en cause de l'intervenant ne fait au surplus que hâter la solution du procès, en permettant sa comparution, immédiatement devant la Cour qui aurait été saisie plus tard de la tierce opposition, et en évitant une seconde instance dans la même affaire (Rouen, 13 juin 1881, D., 83-2-110 ; Angers, 10 mars 1894 ; Rec. de Rennes, 94-246).

Cette procédure porte improprement le nom d'intervention forcée, le résultat de l'assignation n'est pas de forcer le tiers à intervenir ni à se défendre, mais bien de le rendre partie à l'instance; pour que l'arrêt lui soit commun, et qu'il ne puisse plus être attaqué par la tierce opposition, aussi, vaut-il mieux dire : « assignation en déclaration d'arrêt commun. » Quoi qu'il en soit, pour plus de brièveté, nous lui conserverons l'appellation d'intervention forcée.

L'intervention forcée, comme l'intervention volontaire, a pour effet de rendre l'intervenant partie à l'instance, de produire également une prorogation de juridiction, plus sensible qu'en matière d'intervention volontaire, puisque l'on force un tiers à venir devant une Cour, sans passer par le premier degré de juridiction, et peut-être devant une Cour autre que celle qui eût connu de l'action, s'il avait été assigné directement.

Mais elle produit un résultat tout opposé à l'intervention volontaire au point de vue de l'instruction de l'affaire. On sait que l'intervenant qui, volontairement, vient se rendre partie à l'instance ne peut retarder le jugement de la cause principale. Il n'en est pas de même en matière d'intervention forcée, l'intervenant peut demander un délai pour préparer sa défense, et on ne peut le lui refuser, car on ne peut lui reprocher sa négligence, sa tardivité : il avait peut-être des raisons pour ne pas intervenir, il avait peut-être des moyens qu'il se proposait de faire valoir lors de la tierce opposition. Agir autrement ce serait un moyen indirect et frauduleux de supprimer la tierce opposition, on ne manquerait pas de forcer à intervenir un tiers la veille des plaidoiries, on ne lui laisserait pas le temps de préparer sa défense, et on obtiendrait contre lui un arrêt qu'il ne pourrait attaquer que par pourvoi en cassation ou par requête civile. A tous égards

la solution que nous combattons ne saurait être admise (Dalloz, v. tierce opposition, n° 34).

Quant aux dépens, l'intervenant devient une partie à l'instance, ils se règlent suivant l'art. 130 du Code de procédure civile.

CHAPITRE II

Des Demandes nouvelles.

Dans nos préliminaires, nous nous sommes expliqué sur la question de savoir si les parties pouvaient porter directement devant la Cour les litiges qui eussent dû être jugés en premier ressort, par un Tribunal civil ou un Tribunal de commerce ; nous avons émis notre opinion sur cette question. A cette impossibilité juridique et matérielle que nous avons soutenue, se rattache la prohibition en appel des demandes nouvelles ; nous avons réservé cette question pour être traitée au moment opportun, nous croyons le moment venu de nous consacrer à cette étude.

C'est de l'impossibilité de porter *de plano* devant la Cour les causes qui n'ont pas subi le premier degré de juridiction, que découle la fin de non-recevoir tirée de la nouveauté de la demande, mais avant de nous demander quelles conditions sont nécessaires pour qu'une demande soit nouvelle ; essayons de donner une définition, et de la définition même, nous tirerons les conditions que nous étudierons successivement. On peut dire, d'une façon générale, qu'une demande est nouvelle toutes les fois qu'elle tend à introduire dans le débat devant la Cour une question qui ne se rattache en rien à la demande soumise aux juges de première instance et qui a pour résultat d'obtenir une condamnation qui n'avait pas été sollicitée en première instance. Notre matière présente une grande analogie avec la matière de la chose jugée : aussi, étudierons-

nous successivement les trois conditions nécessaires à l'autorité de la chose jugée, et qui doivent se rencontrer pour que la demande puisse être accueillie en appel. Si l'appelant peut, comme le demandeur en première instance, changer, modifier ses conclusions devant la Cour, il ne jouit cependant pas d'une liberté absolue, et le législateur l'arrête en lui interdisant les demandes nouvelles, principe fort sage et qui découle de la nature même de l'appel. Le juge d'appel a, en effet, pour fonctions, de voir si le juge inférieur a bien ou mal jugé, s'il a commis des erreurs. Il ne peut exercer sa fonction qu'autant que la demande a été soumise aux premiers juges. De là, la nécessité de déterminer quand une demande est nouvelle. Mais, de ce que l'appelant peut modifier ses conclusions, il en résulte qu'il peut apporter à l'appui de son appel de nouveaux griefs, de nouvelles preuves: il peut, en un mot, invoquer des moyens nouveaux. L'appel n'a pas seulement pour but de permettre au juge d'appel de réparer l'erreur du juge de première instance, il autorise également la partie à réparer ses propres erreurs, à combler les lacunes de sa défense en produisant un moyen qui avait été négligé ou n'avait pas paru avoir grande importance, l'appel ne remet-il pas tout en cause? Le procès ne recommence-t-il pas? Pourquoi alors interdire les moyens nouveaux? Si donc les demandes nouvelles sont prohibées, les moyens nouveaux sont permis: de là, également, la plus grande importance à discerner la demande nouvelle du moyen nouveau ¹.

A lire le texte si clair de l'art. 464, il semble que nulle difficulté ne puisse surgir; cependant, il est peu de matières

1. Déjà en droit romain on distinguait les demandes nouvelles des moyens nouveaux et les divers textes ont soin de prohiber les premières et de permettre les autres. (L. 3, § 3; Dig. *De appellationibus* XLIX-1, L. 6, § 1; C. *De appellationibus* VII-62. L. 4, C. *De Temporibus et Reparationibus*, VII-63. L. 37, C. *Eod. Tit.*).

qui aient donné lieu à autant de décisions, souvent contradictoires. Pour résoudre les diverses questions qui se posent, il est presque indispensable, pour ne pas dire nécessaire, de consulter la jurisprudence avant de prendre parti. C'est qu'il y a des cas où la distinction dont nous parlions à l'instant est fort délicate; souvent même, elle est une question d'espèce; aussi, est-il fort difficile, et cela nous conduirait hors des limites que nous nous sommes tracées, de pouvoir faire une revue de la jurisprudence en cette matière.

Nous nous contenterons de renvoyer le lecteur au *Traité de l'appel* de M. Crépon, ^o tome II, à la section où il traite des demandes que l'on peut former en appel, le lecteur y verra combien sont nombreuses les décisions intervenues, combien sont diverses les espèces prévues. Nous le répétons, il faut se guider presque uniquement sur la jurisprudence, rapprocher la question que l'on examine des diverses espèces rapportées, il sera bien rare que l'on ne trouve pas un cas sinon identique, du moins présentant un caractère d'analogie telle que l'on puisse en induire facilement la solution qui serait donnée par la justice.

Mais, pour nous, qui devons en même temps étudier la pratique et examiner la théorie, notre tâche n'est pas terminée; nous devons chercher quelles sont les règles qui permettent de distinguer : 1^o Quand une demande est nouvelle; 2^o Quand c'est, au contraire, un moyen nouveau; nous diviserons nos explications sur les demandes nouvelles en trois paragraphes :

1^o Quelles demandes sont nouvelles?

2^o Exception à la prohibition des demandes nouvelles;

3^o Sanction de la prohibition des demandes nouvelles.

§ 1^{er}. — *Quelles demandes sont nouvelles.*

Nous l'avons dit en commençant, toute demande qui introduit dans le débat une question ne se rattachant par aucun lien à la demande principale est nouvelle; nous résumons les conditions pour qu'une demande soit recevable en appel, et nous les ramenons aux trois suivantes : « *eadem res, eadem causa, eadem conditio personarum*, » les trois conditions, comme on le voit, pour qu'il y ait chose jugée.

1^{er} POINT. — *Identité d'objet.* — La demande qui est produite pour la première fois en appel est nécessairement une demande nouvelle.

Primus prétend en première instance avoir un droit de servitude sur le fond appartenant à Secundus; en appel, il en revendique la propriété. L'objet de la demande ne se trouve plus le même, et Secundus est en droit d'exiger que la demande de Primus subisse le premier degré de juridiction.

On peut voir, par cet exemple, en quoi consiste la demande nouvelle; Primus n'a jamais soumis au Tribunal la question de savoir s'il est propriétaire des fonds possédés par Secundus, il ne pourra pas, pour la première fois, présenter cette question à la Cour.

Mais, de ce qu'une demande ne présente pas exactement la même forme, ne renferme pas exactement les mêmes expressions, il ne s'en suit pas forcément qu'elle renferme une demande nouvelle; les modifications sont permises, nous en connaissons la limite. Voyons donc, maintenant, comment, en appel, on peut apporter des changements à la demande originaire. Les modifications peuvent se produire de deux façons, soit en augmentant, soit en restreignant la demande originaire; étudions successivement ces deux cas.

1^{er} CAS. — *Augmentation de la demande.* — En principe, tout développement de la demande est interdit. Je vous réclame 10,000 fr. en première instance; je ne pourrai pas vous en réclamer 20,000 en appel. Cependant, l'art. 464 permet, dans certains cas, d'ajouter à la demande originaire, les intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance et les dommages-intérêts soufferts depuis ledit jugement. Ces demandes ne sont pas, à proprement parler, des demandes nouvelles. La demande nouvelle est celle qui pouvait se produire en première instance et que l'on produit pour la première fois en appel; mais, ce que la loi présente sous forme d'exception n'en constitue, en réalité, aucune, car, de telles demandes étant nées depuis le jugement, ne pouvaient pas être présentées devant les premiers juges. L'art. 464, § 2, était cependant nécessaire; on aurait pu douter qu'elles pussent être présentées *de plano* devant la Cour :

« Intérêts échus depuis le jugement. » Peut-on, pour la première fois, demander en appel les intérêts échus depuis la demande originaire. Quel que soit le parti que l'on prenne sur l'art. 1153 du Code civil, au sujet de la question de savoir si la demande du capital suffit pour faire courir les intérêts ou s'il est nécessaire d'une demande expresse; notre opinion recevra la même solution. Supposons, comme le juge la Cour de cassation, qu'une demande du capital suffise pour faire courir les intérêts moratoires; nous pensons qu'il faudra, de toute nécessité, que des conclusions formelles soient prises en cours d'instance quant aux intérêts eux-mêmes. Admettre la théorie contraire porterait à croire que les intérêts sont dus « *ex officio judicis*, » ce qui ne nous paraît pas admissible, et ce serait autoriser le juge à statuer « *ultra petita*, » : étant donné ce principe et vu la rédaction

de l'art. 464, nous pensons que des conclusions ayant pour objet de faire condamner le débiteur aux intérêts, du jour de la demande, prises pour la première fois devant la Cour constituent une demande nouvelle. (Cass., 23 janvier 1882 : S., 84-1-372.)

L'art. 464 ne parle que des intérêts, arrérages et loyers ; il faut y ajouter les fruits de l'immeuble que l'on revendique contre le possesseur de mauvaise foi ou dont on demande le délaissement ¹. L'intimé peut également demander des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause l'appel ; il doit, dans ce cas, prouver que l'appelant a agi dans un but vexatoire ; mais l'appel étant un droit que tout plaideur peut exercer, l'intimé ne saurait conclure à des dommages-intérêts pour le cas où l'appelant viendrait à succomber dans son appel, constituerait sans aucun doute une demande nouvelle, le dispositif de conclusions tendant pour la première fois en appel à l'allocation de dommages-intérêts pour le préjudice causé au défendeur par la demande originaire.

On peut demander pour la première fois devant la Cour tout ce qui est virtuellement compris dans la demande principale ; ainsi, dans une instance en divorce, une provision alimentaire, une provision *ad litem*, pourront, pour la première fois, être demandées en appel : ce sont les conséquences nécessaires de la demande et il serait vraiment incompréhensible qu'une Cour saisie de la demande en divorce ne pût connaître des divers incidents qui peuvent naître à l'occasion de cette demande. Les demandes qui ne sont que l'accessoire de la demande principale, dit en substance M. Talandier, p. 357, alors même qu'elles n'ont

1. M^e Ravenel, p. 20, nous semble d'un avis contraire ; d'après ce jurisconsulte, en effet, les fruits se capitalisent chaque année, et une telle demande constituerait en appel une demande nouvelle.

pas été demandées en première instance, ne peuvent être considérées comme des demandes nouvelles; elles ont été, en effet, formées virtuellement devant les premiers juges; elles résultent des conclusions prises; elles peuvent donc sortir de l'état latent et apparaître au grand jour en appel.

2° Cas. — *Restriction de la demande.* — Mais, si l'appelant ne peut augmenter sa demande, du moins peut-il, sans difficulté, la diminuer. L'intimé ne pourra se plaindre de ce que la demande n'a pas subi le premier degré de juridiction; en second lieu, au cas où il serait condamné, la condamnation sera moins rigoureuse; c'est le résultat de cette maxime « Qui peut le plus peut le moins. » Ainsi, celui qui, en vertu d'un contrat, réclame en première instance un droit de propriété peut, en appel, réclamer seulement un droit de servitude.

La Cour de cassation, dans deux arrêts, l'un du 23 janvier 1838, l'autre du 26 février 1838 (S., 38-1-716 et 813), s'est diversement prononcée sur la question de savoir si, après avoir réclamé en première instance la propriété d'un terrain, l'appelant peut, devant la Cour, prétendre à un simple droit d'usage. Le premier arrêt résolvait la question négativement, mais la Cour revenait sur son opinion presque aussitôt. Nous pensons que c'est cette dernière solution qui doit être suivie et que le droit de propriété revendiqué en première instance permet à la partie de réclamer en appel le droit d'usage, qui en est un démembrement (*contra*, Crépon, n° 3324).

Veut-on un exemple plus frappant : celui qui, en première instance, réclame un droit de passage avec voiture, peut, en appel, se borner à réclamer un droit de passage à pied; enfin, celui qui a demandé devant les premiers juges la résolution

d'une vente faite de paiement du prix, peut se contenter, en appel, de demander le paiement de ce prix.

Mais il ne faudrait pas que la diminution de la demande ne fût qu'apparente ; dans ce cas, elle devrait être rejetée. Reprenons notre exemple de droit de passage : vous me réclamez le droit de passage sur mon champ avec une voiture, mais, devant les premiers juges, vous ne m'indiquez pas l'assiette de la servitude. En appel, vous restreignez votre demande et vous vous contentez d'un passage à pied, et vous prétendez passer par tel endroit déterminé de mon terrain. On doit y voir une demande nouvelle, car il y a là une aggravation pour moi d'être obligé de vous livrer passage par tel endroit désigné ; aussi, la fin de non-recevoir de l'art. 464 sera-t-elle sûrement accueillie.

Poursuivant notre marche, nous devons nous demander si la partie peut présenter en appel des demandes sur lesquelles le Tribunal a omis de statuer. L'affirmative est certaine, l'appel ayant justement pour but de réparer les erreurs du juge, et l'intimé n'aurait pas besoin de recourir à un appel incident ; de simples conclusions posées suffisent pour réparer l'oubli ; mais, il y aurait demande nouvelle dans l'hypothèse suivante, un chef de demande, contenu dans l'ajournement, n'est pas reproduit dans le dispositif des conclusions de première instance, le juge n'ayant pas été mis à même de statuer sur ce chef, il y aurait demande nouvelle à le produire en appel ; l'omission est trop grave ici pour qu'elle n'ait pu échapper à la partie, elle devait savoir quoi demander en première instance.

2° POINT. — *Identité de personnes.* — La deuxième condition est l'identité de personnes, s'entendant tant au point de vue actif qu'au point de vue passif. Les parties doivent agir avec les mêmes qualités en appel qu'en instance. Ainsi,

celui qui, en première instance, agit comme mandataire d'une partie ne peut se présenter en appel en son propre nom; de même, celui qui était héritier testamentaire en première instance ne peut agir en qualité d'héritier *ab intestat*¹. Réciproquement, un individu qui a été condamné en première instance comme héritier bénéficiaire ne pourra, en appel, être condamné comme héritier pur et simple. Notre seconde condition signifie encore que l'appel doit se dérouler entre les mêmes personnes qui ont été parties au jugement; le jugement, en effet, a fixé le rôle des parties, a déterminé leur nombre; le juge d'appel ne doit et ne peut statuer que vis-à-vis des mêmes plaideurs.

Nous nous sommes expliqué déjà sur le point de savoir ce qu'il faut entendre par identité de parties. Prenons un exemple d'appel non valablement interjeté contre une tierce personne. Primus revendique contre Secundus un immeuble que ce dernier a acheté avec Tertius : Secundus succombe et appelle en garantie devant la Cour Tertius; cette demande en garantie peut-elle être accueillie? Non, parce que vis-à-vis du garant, il y a là une demande principale complètement indépendante de la demande originaire. C'était au garanti à prendre ses précautions beaucoup plus tôt; il devra donc attendre que le procès soit vidé devant la Cour pour recommencer un nouveau procès contre le garant, s'il vient à succomber.

3^e POINT. — *Identité de cause.* — C'est cette troisième condition qui soulève le plus de difficultés sur la recevabilité ou la non-recevabilité de la demande. Il est, en effet,

1. De même, le mari qui agit en première instance, comme propriétaire des immeubles litigieux, ne peut, en appel, changeant de qualité, agir comme usufruitier (Bourges, 31 décembre 1894; Gaz. du Pal., 95-1-178).

quelquefois fort difficile de distinguer la cause des moyens ; et cependant, si la cause n'est pas la même, la demande sera irrecevable, tandis qu'en présence de moyens nouveaux, la demande est admise : A ce sujet, quelques explications. La cause est le fait juridique qui constitue le fondement de la demande ; c'est, suivant l'expression d'Ulpien dans la loi 11, § 4 ; D., *De except. rei jud.*, XLIV-2 « *origo petitionis*. » Ainsi vous m'assignez en nullité d'une vente pour vice du consentement. L'objet de la demande est la nullité de la vente, la cause est le défaut de consentement. Les moyens consistent, au contraire, dans les preuves, les arguments que l'on s'efforce de produire pour établir le bien fondé de la demande.

Les jurisconsultes romains distinguaient entre la « *causa proxima petitionis*, » autrement dit le fait juridique de la demande, et les « *causæ remotæ* » qui servaient de fondement à la « *causa proxima* ; » enfin, les moyens. Ainsi, reprenant notre exemple, la nullité de la vente est invoquée pour vice du consentement basé sur l'erreur, la *causa proxima* est le vice du consentement, la *causa remota* l'erreur ; enfin, les moyens venaient ensuite pour prouver l'erreur. Nous n'entrerons pas dans la discussion de savoir si l'on doit distinguer la *causa remota* des moyens. Nous les comprendrons sous le terme de moyens et nous verrons que le résultat final n'en sera pas changé.

En première instance, peu important les moyens dont vous servez pour demander la nullité d'une vente pour cause de vice du consentement (vous invoquez l'erreur) ; c'est un moyen. Si vous venez en appel, vous demanderez la nullité de la même vente et vous invoquerez toujours les vices du consentement ; mais, cette fois, vous pourrez vous baser sur la violence ; votre demande est la même, l'intimé n'a pu se méprendre. En première instance, vous avez vu que votre

moyen ne réussissait pas; vous pouvez en produire un autre, vous avez recours à une défense qui vous semble meilleure, vous ne changez en rien votre demande; peu importe à l'adversaire; au point de vue de la condamnation, que vous invoquiez tel ou tel moyen puisque le but vers lequel vous tendez ne changera pas. Au point de vue de sa défense en appel, il n'en sera peut-être pas de même pour votre adversaire, car tel ou tel moyen de défense ne lui est peut-être pas indifférent; mais, il pourra, lui-même, se mettre en garde contre les nouveaux arguments.

Nous avons confondu tout à l'heure la *causa remota* avec le moyen. Aucun intérêt ne semble, en effet, s'attacher à cette distinction puisque la *causa remota* qui a été invoquée en première instance peut ne plus être invoquée en appel et qu'une nouvelle *causa remota* peut être produite; donc similitude complète, à ce point de vue, entre la *causa remota* et le moyen ¹.

Mais il y aurait demande nouvelle si, après avoir demandé la nullité d'un contrat pour vice du consentement, vous l'attaquiez en appel pour cause d'incapacité ou de lésion; la cause n'est plus la même, l'incapacité suppose le contrat valable, le vice du consentement le suppose nul, cet exemple montre clairement comment le changement de cause peut donner à la demande le caractère de la demande nouvelle.

Nous avons eu l'occasion, en étudiant les modifications que peut subir la demande, de nous occuper de deux arrêts de la Chambre des requêtes des 23 janvier et 26 février 1838 (S., 38-1-716 et 814), nous en joindrons un troisième, du 7 mars 1826 (S., 26-1-324).

1. Nancy, 14 novembre 1894; Gaz. du Pal., 95-1-228; Cass. 15 janvier 1894; Gaz. du Pal., 94-1-191.

Les deux premiers arrêts sont relatifs, comme nous le savons, à la question de savoir si, après avoir revendiqué devant les premiers juges la propriété d'une chose, on peut, en appel, ne prétendre sur elle qu'à un droit de servitude (arrêt de 1826) ou à un simple droit d'usage. Nous ne reviendrons pas sur les différentes solutions que donne la Cour. La question ne va pas cependant sans difficultés et on nous a reproché que la cause n'était pas la même, que la question n'est pas soumise aux mêmes principes, puisque les modes d'acquisition de la propriété ne sont pas les mêmes que les modes relatifs à l'acquisition du droit d'usage. Nous n'en persistons pas moins à croire que ces demandes ne sont pas nouvelles pour les motifs que nous avons donnés et nous croyons qu'on doit y voir une simple restriction de la demande et pas autre chose.

Cependant, si la cause ne s'est produite que depuis le jugement, elle pourra être invoquée par l'appelant, quoiqu'elle n'ait pas subi le premier degré de juridiction; ainsi, un donateur invoque la nullité d'une donation pour cause d'inexécution des charges de la part du donataire; entre le jugement et l'arrêt rendu sur son appel, il lui survient un enfant: il pourra, sur l'appel, demander la révocation pour cause de survenance d'enfant. Il y a là une demande nouvelle, il est vrai, mais qui, vu les circonstances, ne pouvait être invoquée en première instance. Il faudrait recommencer un procès, puisque la Cour est saisie du litige; ne vaut-il pas mieux faire juger la question de suite? (Comparez, Rennes, 4 mai 1894; Rec. Rennes, 94-290).

Mais, si l'on a vu que de nouveaux moyens pouvaient être invoqués, il en est qui, cependant, sont regardés comme implicitement abandonnés par les parties et auxquels ils ont renoncé; il en est ainsi, notamment, des exceptions et des

nullités relatives qui doivent être invoquées *in limine litis*. Ainsi, celui qui néglige de présenter l'exception d'incompétence *ratione personæ* ne pourra plus l'invoquer en appel, il en est de même des nullités de procédure. En matière de saisie immobilière, l'art. 732 du Code de procédure civile interdit les moyens nouveaux. Il faut ici entendre par moyens nouveaux, tous ceux qui soulèvent d'autres questions que celles qui ont été expressément ou virtuellement tranchées par les premiers juges, et cette règle n'est pas applicable aux moyens qui ont pris naissance depuis le jugement. Cette défense faite à la partie saisie est applicable, alors qu'elle aurait laissé défaut en première instance.

De ce qu'en appel on peut produire des moyens nouveaux, on peut être admis à produire de nouveaux titres, demander des mesures d'instruction auxquelles l'on n'aurait pas eu recours en première instance : on peut même alléguer de nouveaux faits, alors que l'on aurait soi-même conclu au rejet d'une enquête sollicitée par l'adversaire : demander une vérification d'écriture : s'inscrire en faux alors que l'on a demandé en première instance la vérification d'écriture. En résumé, tout moyen en appel est recevable, pourvu qu'il ne change pas le résultat que l'on cherchait à obtenir en première instance.

Avant d'aborder les exceptions à la prohibition des demandes nouvelles, nous devons nous demander quelle solution doit recevoir une question éminemment pratique : l'exécution provisoire peut-elle être demandée pour la première fois en cause d'appel?

De l'exécution provisoire. — L'un des deux effets produits par l'appel est l'effet suspensif. Il en résulte que la partie gagnante peut, tant que ce recours n'a pas eu lieu, exécuter

le jugement ; mais elle doit aussitôt s'arrêter, si l'exécution a été commencée, ou surseoir à cette exécution, dès que l'appel est interjeté. Cependant, dans certains cas, le législateur a permis l'exécution provisoire, nonobstant appel ; certains jugements sont, en effet, de plein droit exécutoires par provision ; pour d'autres, au contraire, il faut qu'elle soit expressément demandée. Des premiers nous n'avons pas à nous en occuper, l'exécution provisoire étant attachée de plein droit au jugement, les parties ni le juge n'ont pas besoin de s'expliquer à ce sujet. Mais, quant aux seconds, la difficulté naît immédiatement. Peut-on, quand on n'a pas demandé l'exécution provisoire en première instance, la demander pour la première fois en appel.

Il est indispensable de faire remarquer que l'art. 458 du Code de procédure civile ne s'occupe que de l'exécution provisoire du jugement dont on a appelé et qui, à tort, ne statue pas sur cette demande formée en première instance. Le texte n'a donc rien à voir dans notre question ; la difficulté est celle-ci : Peut-on demander l'exécution provisoire d'un arrêt quand on n'a pas demandé l'exécution du jugement dont appel. Mais, à quoi bon l'exécution provisoire de l'arrêt, puisque le pourvoi en cassation n'est pas suspensif. L'intérêt existe cependant pour les arrêts rendus par défaut. Dans certains cas, le pourvoi en cassation est suspensif, l'exécution provisoire peut être ordonnée (Douai, 18 juillet 1892 ; D., 94-2-82). Demandons-nous donc si l'on peut, pour la première fois, demander en appel l'exécution provisoire. Trois systèmes sont soutenus.

1^{er} Système, qui admet la négative. — L'exécution provisoire, dit-on, ne peut être demandée en appel, c'est une demande nouvelle interdite aux termes de l'art. 464. L'art. 136,

qui prévoit l'hypothèse où le juge a omis de prononcer l'exécution provisoire réclamée et qui veut que l'on s'adresse dans ce cas au juge d'appel, vient à l'appui de cette opinion et suppose nécessairement que l'on doit demander l'exécution provisoire devant les premiers juges, puisque ce n'est qu'au cas d'omission que l'on peut se pourvoir en appel sur ce chef. L'art. 458 prévoit bien également la même hypothèse, en disant que « si l'exécution provisoire n'a pas été prononcée dans les cas où elle est ordonnée. » Enfin, l'exécution provisoire est une aggravation de la condamnation, et l'appelant était en droit de compter sur l'effet suspensif de l'appel pour pouvoir satisfaire, au cas où il viendrait à succomber de nouveau à la condamnation.

2° *Système, ou système mixte.* — Ce système repose sur une distinction tirée des termes de l'art. 135. La première partie de cet article énumère les cas où le juge doit prononcer l'exécution provisoire d'office; le deuxième paragraphe, au contraire, prévoit diverses situations où l'exécution provisoire doit être demandée et où le juge jouit d'un pouvoir d'appréciation pour l'accorder ou la refuser. Dans le premier cas, si le juge a omis de la prononcer, on peut la demander en appel; dans le second cas, au contraire, ce serait une demande nouvelle, et la Cour de Limoges a poussé ce système à ses conséquences les plus extrêmes, en décidant, le 6 février 1828, que dans les cas prévus par le premier alinéa de l'art. 135, si le juge ne se prononce pas sur l'exécution provisoire, il est censé l'avoir accordée et le jugement est exécutoire par provision.

3° *Système.* — Système qui admet la possibilité de demander cette exécution. La réfutation des autres systèmes nous est facile.

Le premier système, en invoquant l'art. 136, fait dire à cet article ce qu'il ne veut pas dire. L'art. 136, en effet, suppose une omission de la part du juge; or, il ne peut y avoir omission que si le juge oublie de statuer sur une demande qui lui était soumise. N'est-ce pas résoudre la question par la question, puisque nous supposons justement que cette demande n'a jamais été soumise au premier juge, tandis que l'art. 136 la prévoit. Quant à l'art. 458, nous connaissons déjà l'hypothèse qu'il vise; il ne peut, comme nous le disions par avance, être invoqué en cette matière. La distinction invoquée par le deuxième système, non seulement ne nous paraît reposer sur aucun fondement, mais, de plus, elle nous paraît anti-juridique. La loi attache aux jugements certains effets qui sont inhérents, qui s'appliquent d'une manière générale à toute une catégorie d'actes, puis elle réserve pour certains d'entre eux des effets spéciaux. Il en est ainsi, notamment de l'exécution provisoire. Dans certains cas, le législateur attache l'exécution de plein droit à certains jugements; le juge, ni les plaideurs n'ont pas besoin de s'expliquer sur ce point : une simple demande suffit dans d'autres hypothèses; cette demande peut être accueillie ou rejetée.

L'art. 135, en effet, contient deux sortes de dispositions : dans son premier paragraphe, le juge doit ordonner l'exécution provisoire; dans le second, il a un pouvoir facultatif, mais il est de toute nécessité, comme nous le disions à l'instant, qu'elle soit toujours demandée, l'exécution provisoire n'ayant point lieu « *ipso jure*. » L'art. 135, § 1^{er}, du reste vient au secours de notre opinion, l'exécution provisoire sera ordonnée. Si la loi avait pensé que le juge dût l'ordonner d'office, elle aurait dit : « sera prononcée. » Et si le législateur a voulu qu'elle soit ordonnée, il faut de toute nécessité qu'elle ait été demandée. Et, puisque notre article a

énuméré certains cas où il ne permet pas au juge de la refuser, il n'aurait pas manqué de s'expliquer sur ce prétendu pouvoir du juge de prononcer d'office l'exécution provisoire. Il faut donc, de toute nécessité, une demande et cette demande peut se produire pour la première fois en appel. L'exécution provisoire n'est qu'un accessoire de la demande principale; elle est virtuellement comprise dans cette dernière; les parties doivent savoir qu'elles sont exposées à cette éventualité, si elles se trouvent dans les exceptions prévues par la loi, ou si la nature de la demande permet cette dérogation au droit commun; donc, point de surprise, point d'aggravation de la demande, c'est la conséquence d'un jugement, c'en est une simple mesure d'exécution. C'est, en quelque sorte, une simple défense à l'action de celui qui appelle; défense qui, lorsqu'elle est accueillie, assure provisoirement à celui qui a gagné son procès une partie des avantages que l'adversaire cherche à lui enlever, en s'efforçant de retarder la solution définitive. « C'est, comme le fait » remarquer M. Rivoire (p. 480), en admettant le système » contraire, aller jusqu'à prétendre que les parties seraient » obligées de demander aux juges de première instance la » qualification de leur jugement, dont l'omission autorise le » recours provisoire au Tribunal supérieur. Or, cette qualification ne doit jamais être que le fait du juge; il n'existe » aucune disposition qui soumette les parties à la provoquer. »

La jurisprudence, si l'on examine les nombreuses décisions qu'elle a eu à rendre sur la question, a été longtemps hésitante; chaque opinion peut revendiquer un nombre assez considérable d'arrêts. Cependant, les Cours d'appel semblent maintenant pencher en faveur de l'opinion que nous avons émise; nous nous contenterons de citer les derniers arrêts que nous connaissons sur cette question et qui tous nous sont

favorables (Paris, 3 février 1892; D., 93-2-221, et Pau, 24 mai 1888; D., 88-2-257). La Cour de Rennes vient, dans une décision récente, de se rallier à cette jurisprudence (Rennes, 30 juillet 1894; Rec. de Rennes, 94-342, et nos renvois à la note sur le premier point).

La question de savoir si on peut, pour la première fois, demander qu'une condamnation soit soumise à une contrainte est plus délicate; rien dans la loi ne permet au débiteur d'envisager une pareille éventualité et nos adversaires pourraient, nous le reconnaissons volontiers, soutenir, avec peut-être plus de chance de succès, la théorie de la demande nouvelle. Nous croyons cependant que l'on doit encore, ici, regarder cette demande comme recevable pour la première fois en appel; elle n'est qu'une conséquence de la condamnation, une demande accessoire, et qui, comme telle n'a pas le caractère de demande nouvelle.

Nous avons eu l'occasion d'appliquer la théorie que nous émettons, il s'agissait en appel d'obtenir la démolition d'un mur qui avait été ordonnée en première instance. Nous étions intimé, nous primes des conclusions demandant tout naturellement la confirmation du jugement, puis nous demandâmes à la Cour d'ordonner que cette démolition dût avoir lieu dans un délai déterminé, ce délai passé, l'appelant serait condamné à une contrainte fixée par chaque jour de retard. La démolition pure et simple ayant été demandée en première instance, nous nous attendions à ce que l'on nous opposât la fin de non-recevoir tirée de la nouveauté de la demande, l'adversaire ne souleva aucun incident et la Cour fit droit à nos conclusions.

La jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur ce point, à notre connaissance du moins, et l'arrêt de la Cour eût été fort intéressant à connaître.

§ 2. — *Exceptions à la prohibition des demandes nouvelles.*

Le Code admet trois exceptions à notre prohibition, une que nous connaissons déjà et à laquelle nous renvoyons purement et simplement, nous voulons parler de l'intervention, il nous reste à nous occuper des deux autres :

1^{re} EXCEPTION. — *La demande nouvelle est une défense à l'action principale.* — Le droit de défense comporte en effet, pour celui qui est attaqué, le pouvoir de répondre à tous les moyens qui lui sont opposés et ce en se servant de tout ce qui peut être utile à ses intérêts, en invoquant exceptions, moyens de nullité, pour repousser efficacement la demande.

L'art. 464 du Code de procédure civile, qui paraît une exception, n'est, en réalité, que l'application du droit commun. Ainsi, Primus actionne Secundus pour le paiement d'un immeuble que ce dernier a acquis de lui, Secundus répond en lui opposant la nullité de la vente pour vice du consentement, il succombe; il appelle; il pourra devant la Cour invoquer la nullité pour cause de minorité.

Il y a là une demande nouvelle mais qui est permise; elle a pour but unique de détruire la demande.

Le défendeur, comme on le voit, jouit d'une plus grande liberté que le demandeur, il est traité d'une manière plus favorable. La raison en est facile à comprendre.

La demande nouvelle provenant du défendeur a pour but, comme nous venons de le dire, d'anéantir la demande principale, elle ne change rien à la contestation, la demande originaire est toujours la même, ce qui change ce sont en réalité les moyens, car la demande nouvelle du défendeur n'est qu'un moyen nouveau. Tandis que le demandeur, en introduisant une demande nouvelle, fait entrer dans

l'instance un élément étranger, il déplace le terrain du débat, il enlève le premier degré de juridiction ; au litige originaire il en substitue un nouveau, dont les premiers juges n'ont pas connu.

C'est par application de ces principes qu'en certaines matières les demandes nouvelles sont impossibles, parce que chaque demande est en même temps défense aux autres chefs de demande ; il en est ainsi en matière de partage, de liquidation, de règlement de compte.

2^e EXCEPTION. — *Compensation*. — On peut pour la première fois opposer en appel la compensation à la demande originaire ; cette exception peut, en quelque sorte, rentrer dans l'exception précédente ; elle peut être une simple défense à l'action principale : vous me réclamez 10,000 fr., je vous oppose un titre constatant que je suis votre créancier de 5,000 fr., il y a là une simple défense tendant à détruire d'autant la demande principale. Ce n'est sans doute pas cette hypothèse qu'a prévue l'art. 464. Il faut, en effet, prévoir le cas où la compensation est supérieure à la somme originairement demandée. Vous me réclamez 10,000 fr., je vous oppose un titre par lequel je prouve que vous me devez 15,000 fr., la Cour devant laquelle je présente ce titre devra prononcer la condamnation pour 15,000 fr. et non pour 10,000 fr. autrement dit elle connaîtra de la demande entière en compensation : elle ne pourrait connaître dans notre espèce de la demande en compensation jusqu'à la valeur de 10,000 fr. et renvoyer pour le surplus, soit 5,000 fr., devant le Tribunal du premier degré ; deux motifs s'y opposent : un premier motif tiré de la nature du titre : cet acte est indivisible, il ne peut être bon pour partie et mauvais pour le surplus ; la Cour doit donc prononcer une

condamnation portant sur le titre tout entier; un motif tiré du résultat pratique : la Cour ayant rendu un arrêt ne portant que sur une partie du titre lierait ainsi le juge du premier degré, sa décision constituerait tout au moins pour lui un préjugé. Si le juge inférieur venait à rendre une sentence contraire à celle de la Cour, il se produirait ce résultat qu'un juge supérieur pourrait être censuré par un juge inférieur; enfin, on aurait, pour le même litige existant entre les mêmes parties et pour la même cause, deux décisions qui pourraient être contradictoires : perte de temps et cause de frais inutiles. Mais, pour l'application de ces principes, il ne faut pas que le titre soit contesté car on ne peut, sur un premier procès en greffer un autre tout différent; on rentrerait alors dans la prohibition des demandes nouvelles.

On avait également discuté le point de savoir si la compensation devait être admise quand le titre était antérieur à la demande, et on ne voulait l'application de l'art. 464, § 1, que lorsque la compensation n'était devenue possible que depuis le jugement. Ces distinctions, l'art. 464 ne les fait point et nous ne les croyons pas fondées; cet article a justement pour utilité de permettre à celui qui a négligé d'opposer la compensation en première instance de l'opposer en appel.

§ 3. — *Sanctions de la prohibition des demandes nouvelles.*

Nous avons vu en étudiant les questions préliminaires, que les parties qui portaient un litige *de plano* devant la Cour, violaient un principe d'ordre public, et que cette incompétence pouvait être invoquée en tout état de cause par les parties elles-mêmes et par la Cour. En est-il de même des demandes nouvelles? Nous ne le pensons pas. Les deux

hypothèses ne se ressemblent pas. L'ordre public est intéressé dans la première hypothèse; dans la seconde un intérêt d'ordre privé est seul en jeu. Dans le premier cas, l'incompétence de la Cour est complète, dans le second cas elle ne porte que sur un point. La partie qui peut invoquer la fin de non-recevoir et qui par son silence y renonce, agit peut-être ainsi dans son propre intérêt. Une raison d'économies, un moyen d'abréger des lenteurs, d'éviter les ennuis d'un nouveau procès, lui font peut-être prendre le parti de vider de suite la demande nouvelle. Pourquoi alors permettre au juge de soulever d'office une fin de non-recevoir qui ne lèse en rien l'ordre public.

Cependant le juge, si les parties ont renoncé à invoquer la nouveauté de la demande, peut se refuser à juger. On change le caractère de sa fonction; on ne lui demande plus d'exercer ce contrôle qui donne une garantie plus grande aux décisions d'appel; on l'invite à juger, il peut donc ne pas obtempérer à la demande des parties et renvoyer la cause devant le Tribunal.

La Cour de cassation s'est prononcée sur cette question et elle a admis que la fin de non-recevoir n'était pas d'ordre public, qu'elle ne pouvait être invoquée que par les parties et qu'elle ne peut être suppléée d'office par le juge (Cass., 19 juin 1887; G. P., 88-1-73 ¹).

1. Junge, Cass., 25 février 1895; Gaz. du P., 95-1-362.

CHAPITRE III

De l'Évocation.

Historique. — Généralités.

Évoquer, c'est statuer de la part du juge d'appel, sur une cause dont on a enlevé la connaissance au juge inférieur. C'est en un mot attirer à soi un litige et le juger pour la première fois et définitivement en appel.

Ce pouvoir dont dispose le juge d'appel est une exception apportée aux deux degrés de juridiction, aussi ne doit-il être exercé que lorsque toutes les conditions exigées par la loi sont remplies. Mais avant de faire connaître et d'étudier les divers cas où il y a lieu, où il n'y a pas lieu à évocation, nous croyons devoir rappeler brièvement les précédents historiques de notre sujet et de poser quelques principes généraux, sauf à étudier plus particulièrement certaines questions quand nous entrerons dans les détails en abordant les conditions exigées par le droit d'évocation.

Ce n'est pas dans le droit romain que nous devons rechercher les origines de l'évocation. Les lois romaines étaient contraires à tout ce qui pouvait déranger l'ordre des juridictions. Elles présumaient, dit Merlin, que l'espérance d'obtenir meilleure justice était bien moins l'objet d'une évocation que le dessein d'éloigner le jugement et de contraindre ceux contre lesquels on plaidait à abandonner un droit légitime par l'impossibilité d'aller plaider loin de leur domicile. Dans notre ancien droit, au contraire, le pouvoir

d'évocation était très répandu et donnait lieu à des abus. On distinguait alors deux espèces d'évocations : les évocations de grâce et les évocations de justice ; ces dernières, nous l'allons voir, sont le germe de notre évocation actuelle. Mais disons quelques mots de chacune d'elles.

L'évocation de grâce était un privilège accordé par le roi, à certaines personnes, à certaines corporations ou communautés, de se faire juger soit en demandant, soit en défendant par des juridictions particulières. On distrait ainsi un des plaideurs de ses juges naturels pour le faire comparaître devant un Tribunal désigné. On comprendra tout l'intérêt que ces bénéficiaires des faveurs du roi pouvaient avoir à se faire juger par leurs pairs ou par des juges avec lesquels ils pouvaient avoir des rapports. Ces évocations de grâces furent abolies en 1790, l'art. 17 du titre II de la loi du 24 août porte en effet : « Les justiciables (ne pourront) être distraits des juges naturels par aucune commission..., ni par d'autres évocations que celles qui seront déterminées par la loi. » L'évocation de justice a pris naissance dans le droit canonique. C'est en 1216 que le concile de Latran décréta que le juge supérieur saisi de l'appel d'une sentence qui ne jugeait pas le fond devait renvoyer l'appelant téméraire devant les premiers juges et le condamner aux dépens ; mais que si l'appel était fondé, il fallait procéder au jugement de l'affaire. Ce droit d'évocation s'implanta bien vite dans le droit civil. Les seigneurs y opposèrent cependant la plus grande résistance, la justice ayant alors un caractère purement domanial, le seigneur justicier y voyait par ce moyen lui être enlevées toutes les causes qu'il devait juger, pour les transporter au juge supérieur, moyen portant ainsi atteinte aux prérogatives les plus sacrées et les plus chères de sa puissance ; le juge supérieur, au contraire, évoquait presque

toujours sur l'appel des incidents qu'on portait devant lui ; ordonnait les mesures d'instruction, jugeait aux lieu et place de son vassal et tirait ainsi tout le profit qui était attaché au droit de rendre justice. Aussi les rois de France, qui distribuaient les évocations de grâce, durent-ils intervenir devant les nombreux abus, et le premier texte qui réglemente le droit d'évocation est l'art. 149, de l'ordonnance de Blois, de 1579. Henry III s'y exprime ainsi : « Pour le regard de » nos cours souveraines leur défendons en procédant au » jugement de cause d'appel, d'évoquer le principal de la » matière, si ce n'est pour la vider sur-le-champ. » On reconnaîtra tout à l'heure l'art. 473 du Code de procédure civile, avec une rédaction plus moderne. Soit que l'ordonnance ne fut jamais appliquée, soit qu'elle tomba de très bonne heure en désuétude, les abus recommencèrent et ce fut au tour de Louis XIV de consacrer un article de son ordonnance de 1667 à la faculté d'évocation. L'art. 2 du titre 6 est ainsi conçu : « Défendons aussi à tous juges, sous les » peines de la nullité des jugements qui interviendront, d'évo- » quer les causes, instances et procès pendants aux sièges » inférieurs ou autres juridictions si ce n'est pour juger définitivement à l'audience et sur-le-champ par un même » jugement. » Les abus n'en persistèrent pas moins et ne devaient cesser qu'en 1790. Ces évocations de justice furent également abolies par l'art. 17 du titre II de la loi du 24 août 1790 dont voici le texte complet : « L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les » justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune » commission ni par d'autres commissions ou évocations que » celles qui seront déterminées par la loi. » Le droit d'évocation était en principe aboli mais maintenu dans certains cas et il lui fallait une réglementation qui n'eut jamais lieu.

Par la force même des choses, les ordonnances de 1579 et de 1667 restèrent en vigueur et la Cour de cassation devait tracer les règles qui pourraient servir à distinguer les cas où il y avait lieu à évocation de ceux où on ne pouvait évoquer.

La tâche était délicate. Deux difficultés étaient à éviter; il ne fallait pas retomber dans les anciens errements et supprimer en fait le premier degré de juridiction; d'autre part, la loi du 1^{er} mai 1790, établissant qu'il n'y aurait plus désormais que deux degrés de juridiction; il ne fallait pas non plus sous prétexte qu'il n'y eût pas lieu à évocation, multiplier les degrés de juridiction. Deux règles s'imposaient donc de prime abord à la Cour suprême :

1^o Respecter le premier degré de juridiction;

2^o Ne pas faire subir à une cause plus de deux degrés de juridictions.

Voici, maintenant, le résultat.

Le premier degré de juridiction n'était pas censé épuisé, lorsque le juge avait statué sur le fond, quand il n'aurait pas dû le faire; il avait usurpé ses pouvoirs et les parties en cause ne pouvaient en subir les conséquences. « *Judex fecit quod non potuit aut non debuit.* » Au contraire, le juge inférieur avait-il été mis à même de statuer sur le fond et ne l'avait-il pas fait, il avait eu également tort; la Cour de cassation regardait alors le premier degré comme épuisé et le juge d'appel pouvait évoquer « *Judex non fecit quod debuit.* » Eclairons ces principes par quelques exemples :

1^o *Le premier degré doit être respecté.* — Il y avait lieu à renvoi devant les premiers juges et, par suite, impossibilité du droit d'évocation lorsque le juge d'appel a déclaré nul et incompétemment rendu un jugement rejetant une fin de non-

recevoir, le juge n'a pu connaître, en effet, valablement du fond. On ne pouvait dire que le premier degré était épuisé, comme le faisait remarquer la Cour dans un arrêt.

Plaider devant un Tribunal incompétent, c'est la même chose que n'avoir pas plaidé du tout. De même, un Tribunal saisi de l'appel d'un jugement portant renvoi pour litispendance ne peut également prononcer sur le fond, sans violer le même principe, puisque le Tribunal n'a pas été mis à même d'y statuer.

Enfin, si le juge inférieur se déclarait compétent, il ne peut y avoir évocation, s'il n'a pas été mis à même de statuer au fond.

2° *Il ne faut pas que la cause subisse plus de deux degrés de juridiction.* — Le jugement a été rendu par le Tribunal compétent, mais illégalement composé; le premier degré est épuisé, car le juge n'a pas fait ce qu'il aurait dû faire, c'est-à-dire juger légalement, il y aura évocation, dans ce cas, le juge d'appel fera suivant la formule consacrée « ce que les premiers juges auraient dû faire. » De même, plaide-t-on sur une question de compétence et sur le fond, le Tribunal se déclare incompétent; sur appel le Tribunal d'appel juge que le Tribunal était compétent, il pourra évoquer le fond. Il en serait également d'un jugement annulé pour vice de forme.

L'art. 473 du Code de procédure civile s'est occupé, dans les termes fort brefs et fort impropres, de cette matière délicate, de sorte qu'au lieu de faire disparaître les difficultés, il les fait naître.

Il s'occupe, dans son premier paragraphe, des jugements interlocutoires ¹ et fixe les conditions nécessaires pour qu'il y

1. Sous la législation intermédiaire il n'y avait pas lieu d'examiner la question de savoir si, en infirmant un interlocutoire, la Cour devait évoquer le fond; l'art. 6 de la loi du 3 brumaire an II, défendant l'appel de tout jugement en cour d'instance avant que le jugement définitif ne fût rendu.

ait lieu à évocation. Dans son second paragraphe, il autorise le juge d'appel à statuer au fond, quand il annule, pour vice de forme ou autres causes, un jugement définitif.

Faisons tout de suite remarquer qu'à la différence de la législation intermédiaire qui, dans les cas où l'évocation était possible, voulait que cette évocation fût obligatoire; notre droit, au contraire, la rend facultative. Le législateur s'en rapporte à la sagesse du juge lorsqu'il y aura appel d'un jugement interlocutoire; les juges d'appel pourront statuer en même temps sur le fond définitivement, par un seul et même jugement, dit le § 1^{er}. Il en sera de même, ajoute le § 2.

Le juge a donc un pouvoir souverain d'appréciation et, partant, il ne peut encourir la censure de la Cour suprême, quand toutes les circonstances qui concourent à la possibilité du droit d'évocation sont remplies, il retient la cause à la barre pour être évoquée, ou après avoir statué sur l'incident, renvoie devant les premiers juges, pour être statué au fond. Il devra s'inspirer de l'intérêt personnel des parties, examiner, si cet intérêt commande une solution prompte et définitive sur le fond; ou bien, si n'ayant pas à sa disposition tous les documents nécessaires à la pleine connaissance de l'affaire, ou jugeant que, suivant lui, des mesures d'instruction doivent être ordonnées préalablement, il ne vaut pas mieux laisser les premiers juges connaître de la demande. Mais, la Cour de cassation casserait, à bon droit, un arrêt qui aurait évoqué le fond, en dehors des prescriptions légales. C'est donc, comme le dit M. Chauveau, cet intérêt des parties qu'il faut connaître. Mais, ajoute cet auteur, les parties ne seraient point dignes de l'intérêt du législateur et, par suite, de celui du magistrat, si elles avaient violé les prescriptions de la loi, et, développant cette idée, le célèbre jurisconsulte examine si c'est par

la faute des parties que le premier degré s'est trouvé supprimé; dans ce cas, on ne peut les tenir quittes à si bon compte; il serait vraiment trop facile, en effet, d'éluder ce principe d'ordre public qui consiste à respecter le premier degré de juridiction: ce serait invoquer sa propre faute, s'en faire en quelque sorte une arme pour violer manifestement la loi. Mais, si c'est au contraire le juge qui a commis une erreur, si ayant été mis à même de statuer au fond, il ne l'a pas fait, ou a statué irrégulièrement, les parties ne sont pas en faute; ce serait injuste de leur faire subir un préjudice pouvant résulter des lenteurs qui seront la suite du renvoi devant le juge inférieur; si le fond exige une solution rapide, le juge d'appel pourra évoquer. Joignons de suite quelques exemples. Il y aura lieu à évocation, notamment dans le cas où le juge a statué sur sa compétence ayant été mis à même de statuer sur le fond, ou bien encore le Tribunal a jugé, composé d'une façon irrégulière: l'un des juges qui assistait au prononcé du jugement n'avait pas assisté aux plaidoiries; dans ce cas, la partie n'est pas en faute, son unique obligation était d'assigner régulièrement son adversaire devant le Tribunal; là s'arrête son obligation, elle est étrangère à la composition du Tribunal, elle ne peut réparer les erreurs qui peuvent se commettre. De même, on plaide devant le Tribunal sur la validité d'un ajournement; le Tribunal juge que cet acte est nul; sur l'appel, le jugement est infirmé et l'exploit déclaré valable; la Cour pourra évoquer; mais si le jugement venait à être infirmé, comme incompétemment rendu, il n'y aurait pas lieu à évocation car la partie a eu tort de ne pas assigner devant les juges compétents. Nous croyons, par ces quelques exemples, avoir pu montrer quels sont les considérants auxquels ce système s'arrête pour savoir s'il y a lieu d'exercer la faculté du droit d'évocation.

Le lecteur pourra consulter une savante consultation de M. Boncenne, rapportée en partie par M. Chauveau (question 1702, p. 243). A notre grand regret nous ne pouvons, vu la longueur, la rapporter entièrement; n'en citer que des extraits, serait détruire toute la valeur juridique de ce document.

Nous pensons, contrairement à cette opinion, que le droit d'évocation est une pure faculté pour le juge d'appel, et qu'il n'a nullement à s'inquiéter de la question de savoir si le juge inférieur a fait ce qu'il aurait dû faire ou s'il y a faute de la partie; la théorie de M. Chauveau peut, il est vrai, prévenir bien des abus et sauvegarder les intérêts des parties; elle nous avait séduit au premier abord, mais en présence des termes généraux de notre article, nous la repoussons et nous devons reconnaître au juge d'appel un pouvoir d'appréciation sans limite.

Avant d'aborder l'examen du § 1^{er} de l'art. 473, et par là même l'étude des conditions nécessaires au droit d'évocation, nous devons dire, de suite, quelques mots du second paragraphe, dont les expressions soulèvent quelques difficultés. Voici ce texte :

« Il en sera de même (l'évocation sera possible) dans le » cas où la Cour d'appel, ou autres tribunaux d'appel, infir- » meront soit pour vices de forme, soit pour toute autre » cause, des jugements définitifs. »

Ce sont ces deux dernières expressions, « soit pour toute autre cause » et « jugements définitifs » qui donnent lieu à interprétation.

« Pour vices de forme ou pour toute autre cause. » Cette formule, en dehors des vices de forme, donne un pouvoir presque absolu aux juges d'appel; elle s'applique, sans aucun doute, aux motifs d'une réformation en dehors des vices de

forme, expression qui aurait pu paraître trop restreinte, notamment aux irrégularités du jugement, telles que le défaut de règlement de qualités, ou l'absence des conclusions des parties; tous ces cas sont assez difficiles à déterminer *a priori*; le législateur s'en rapporte à la sagesse du juge qui pourra statuer par voie d'évocation. Le droit d'évocation suppose, nous reviendrons plus tard sur ce point, que le fond n'a pas été jugé. L'art. 473, § 2, s'appliquerait-il au fond qui a été nullement jugé? On l'a soutenu et on a dit que ce qui est jugé d'une façon irrégulière n'est pas jugé du tout. A quoi bon, au surplus, renvoyer la cause devant les premiers juges, ce serait des lenteurs sans fin. Nous nous sommes déjà, par avance, expliqué sur une question analogue et nous avons soutenu que le juge d'appel pouvait évoquer, quand le jugement de première instance avait été irrégulièrement rendu; nous supposions alors que le fond n'avait pas été jugé. Mais, quant à la question qui nous occupe, nous nous contentons pour le moment de dire que l'évocation n'est pas possible, et que, si un renvoi est inutile, ce n'est pas en s'appuyant sur des considérations de fait, mais bien des motifs du droit qui trouveront mieux leur place ailleurs (Poitiers, 27 novembre 1888; G. P., 89-1-58).

Quant aux mots « jugements définitifs, » on pourrait croire qu'ils désignent le jugement qui a statué sur le fond, interprétation d'autant plus facile qu'ils semblent être opposés aux jugements interlocutoires dont il est question dans le paragraphe précédent. Une telle théorie contribuerait à attribuer au législateur une erreur de droit qu'il n'a pas commise. Ces mots signifient jugements qui terminent d'une façon bien arrêtée les incidents qui peuvent surgir au cours d'une procédure tels que les jugements qui statuent sur des nullités des exceptions, qui vident des questions de compétence. C'est,

du reste, l'opinion émise par la Cour de cassation (arrêt du 9 juillet 1856 (S., 56-1-742) ¹.

Nous extrayons de cet arrêt le passage suivant :

« Attendu que l'évocation facultative du fond d'une contestation par le juge d'appel, dont les cas sont déterminés par l'art. 473 du Code de procédure civile, ne concerne que les appels qui sont dirigés tant contre les jugements interlocutoires que contre les jugements statuant définitivement sur des nullités ou sur des incidents. Lesquels appels ont laissé en dehors le fond même du procès. »

Cet arrêt nous paraît en contradiction avec une autre décision de la même Cour, du 18 juillet 1833 (S., 33-1-628) : « Attendu, dit la Cour, qu'il ne peut y avoir lieu à évocation que dans le cas où le fond du procès n'a pas été jugé et dans le cas aussi où le jugement étant infirmé pour vice de forme, incompétence ou toute autre cause de même nature, il n'y a pas eu sur le fond de jugement régulier, de véritable jugement. Le fond de la cause peut être considéré comme n'ayant pas été jugé. »

Nous étudierons successivement :

- 1° Les cas où il y a lieu à évocation ;
- 2° Les cas où il n'y a pas lieu à évocation ;
- 3° Pouvoirs du juge d'appel en matière d'évocation ;
- 4° Enfin, effets de l'évocation

§ 1^{er}. — *Cas où il n'y a pas lieu à évocation.*

Pour que l'évocation soit possible, il faut la réunion des quatre conditions suivantes :

- 1° Que le Tribunal de première instance n'ait pas statué sur le fond ;

1. Confirmation : Cass., 15 janvier 1895, Gaz. du Pal., 95-1-195.

2° Que le fond soit en état d'être jugé;

3° Que la Cour rende un arrêt infirmatif sur le jugement interlocutoire ou le jugement définitif;

4° Enfin, que la Cour statue sur l'incident et sur le fond par un seul et même arrêt.

Si l'une de ces conditions fait défaut, l'évocation devient alors impossible.

Etudions donc chacune d'elles :

1^{re} CONDITION. — Le Tribunal de première instance ne doit pas avoir statué sur le fond. Lorsque le juge inférieur a statué sur le fond du litige, le droit d'évocation n'existe plus pour le juge d'appel. Cela résulte tout d'abord de la nature de l'essence même de ce droit; qui dit évoquer une cause suppose nécessairement que les premiers juges n'ont pas connu du fond, puisque, de la définition même que nous avons donnée du droit d'évocation, nous avons dit que le juge d'appel enlevait au juge de première instance la connaissance d'un procès qu'il n'avait pas encore jugé. Mais une autre considération est plus forte que ce motif; en jugeant le fond, le Tribunal a épuisé ses pouvoirs. Le juge qui devient désormais nécessaire, obligatoire pour la partie qui veut soumettre le litige de nouveau à la justice, c'est le juge d'appel. Celui-ci saisi du procès ne peut pas refuser de le juger, sous peine de déni de justice et de faire subir à la cause plus de deux degrés de juridiction, car, en renvoyant le fond à un Tribunal de première instance, à celui qui a jugé ou à tout autre, il pourra, à nouveau, connaître de la cause sur un nouvel appel, ce qui serait la violation flagrante d'un des principes les plus élémentaires de notre droit. Cela ne veut pas dire qu'il ne pourra pas ordonner des mesures d'instruction, qu'il ne pourra pas renvoyer, pour l'accomplissement de ces

mesures, les parties devant un Tribunal inférieur, mais, ce qu'il faut bien remarquer, c'est que lui, juge d'appel, restera saisi du fond, et qu'il devra prononcer définitivement et en dernier ressort, d'après les résultats des mesures d'instruction ordonnées et les documents de la cause (Orléans, 21 juin 1893; G. P., 93-2-56). Ce n'est là que la conséquence de l'effet dévolutif de l'appel qui transporte au juge d'appel la cause avec tous ses accessoires; le juge statue par voie de dévolution au lieu de statuer par voie d'évocation; ces deux voies ne peuvent être prises indifféremment l'une pour l'autre (Voyez l'arrêt du 9 juillet 1856, cité *supra*).

Mais la Cour de cassation s'est formellement prononcée dans le sens opposé à la théorie que nous soutenons, le 21 mars 1883 (S., 84-1-145). La Cour de Caen avait annulé un jugement du Tribunal civil de Saint-Lo qui avait statué au fond et n'avait pas statué sur une question de compétence soulevée devant lui (art. 172, Code de procédure civile). La Cour de cassation dit textuellement que la Cour de Caen pouvait user de son droit d'évocation. Autre remarque : cette décision nous montre, en outre, que la Cour suprême attache aux mots « jugements définitifs, » un sens tout autre que celui que nous leur attribuons. Ces principes vont nous permettre de justifier la solution de la question que nous donnions comme résolue par avance en terminant notre partie des généralités. Nous disions, en effet, qu'il n'y avait pas lieu à évocation quand le fond avait été jugé par les premiers juges, même quand il avait été jugé nullement; nous prenions un exemple tiré d'une composition irrégulière du Tribunal, et nous citions, dans le sens de notre opinion, un arrêt de la Cour de Poitiers, du 27 novembre 1888. Nous opposons enfin les motifs en sens contraire d'un arrêt de la Cour suprême, du 18 juillet 1833, duquel il semble résulter ce

principe que lorsqu'un Tribunal a jugé en violant les formes exigées par la loi, c'est comme s'il n'avait pas jugé du tout. De là cette disposition finale de l'art. 473, disant que la Cour, en infirmant un jugement définitif, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause, peut évoquer le fond. C'est en ce sens que se prononce M. Talandier (p. 426). Nous nous sommes expliqué sur le sens des mots « jugements définitifs, » et nous ferons simplement remarquer qu'une jurisprudence assez considérable par le nombre des arrêts, dont le dernier, à notre connaissance, a été rendu par la Cour de Toulouse, le 17 janvier 1882 (S., 85-2-55), nous est favorable. Cette dernière décision, très nette et très précise, ne peut que nous faire persister de plus en plus dans notre solution admise plus haut. Voici quels sont nos motifs. De ce que le Tribunal a irrégulièrement jugé, il n'en résulte pas, comme le dit la Cour suprême, qu'il n'ait pas jugé du tout. Cela est si vrai qu'un jugement irrégulier dans sa forme est, tant qu'il n'est pas attaqué, valable dans toutes ses dispositions, et, si la partie qui a à s'en plaindre, laisse passer les délais des voies de recours, ce jugement obtiendra la force et l'autorité de la chose jugée, et sera exécutoire contre elle; si, donc, elle veut l'attaquer, il faudra qu'elle interjette appel, car les voies de nullité n'ont lieu en France; la cause, par l'effet dévolutif, va être transmise tout entière au Tribunal d'appel avec tous les vices dont elle peut être atteinte; qu'aura alors à faire le juge d'appel? Il corrigera les erreurs des juges inférieurs. C'est alors que l'on peut dire qu'il fera ce que les premiers juges auraient dû faire; il jugera régulièrement et il se prononcera sur le fond, parce que les premiers juges se sont eux-mêmes prononcés, et il faut bien le remarquer aussi, pourquoi est-on venu devant le Tribunal d'appel? Est-ce parce que le jugement est nul? Pas du tout; c'est

parce que le jugement cause grief au fond et que l'appelant, en demandant la nullité de ce jugement, pourra, profitant de cette circonstance inattendue, et après avoir exposé ses griefs d'appel, reposant sur la forme, critiquer le jugement au fond¹. En résumé, que le fond ait été jugé soit régulièrement, soit irrégulièrement, l'évocation est impossible ; dans tous ces cas, le juge de première instance a épuisé sur ce point, comme sur tout autre, sa juridiction. C'est à ce magistrat à veiller à l'accomplissement des formes exigées par la loi, s'il ne veut pas s'exposer à voir ses décisions annulées².

Il doit en être ainsi quand une Cour infirme un jugement, parce que le Tribunal était incompétent et l'a également infirmé sur le fond, parce qu'il y avait mal jugé ; elle statue non par voie d'évocation, mais par voie de dévolution (Cass., 8 décembre 1885 ; G. P., 86-1-149).

2^e CONDITION. — L'affaire doit être en état de recevoir solution définitive sur le fond. Nous avons mentionné, dans notre partie historique, les abus qui se commettaient dans notre ancien droit par les tribunaux supérieurs qui choisissaient l'occasion d'un appel porté sur un incident pour enlever au juge inférieur la connaissance du fond du procès et pour ordonner toutes les mesures d'instruction nécessaires. Le législateur de 1808 a eu soin de mettre un obstacle au retour de pareils procédés, et, dans l'art. 473, il veut, comme une des conditions nécessaires, que la matière soit disposée à recevoir une solution définitive.

1. L'appel, dans ce cas, étant fondé, si l'appelant succombe sur le fond, il aura au moins la consolation de pouvoir recouvrer son amende d'appel.

2. Depuis que nous avons émis notre opinion, un arrêt de la Cour de Paris est venu confirmer les principes que nous soutenions par avance : c'est avec satisfaction que nous l'indiquons (Paris, 14 décembre 1894 ; Gaz. du Pal., 95-1-115 ; Conf., Cass., 15 janvier 1895 ; Gaz. du Pal., 95-1-195).

Mais quand l'affaire est-elle en état? Le Code de procédure au titre de la reprise d'instance (art. 343) nous indique qu'une affaire est en état lorsque les plaidoiries sont commencées et que les plaidoiries sont commencées, quand les conclusions sont déposées. Ce texte trouve sans doute son application dans notre matière, mais nous le considérons peut-être comme un peu trop limitatif, et nous n'hésitons pas à penser que toutes les fois qu'un Tribunal d'appel, qui trouvera la cause suffisamment instruite pour pouvoir juger le fond, pourra user du droit d'évocation, encore bien qu'aucune conclusion au fond n'eût été posée par les parties. La loi ne dit pas, en effet, impérativement, que l'affaire doit être en état, elle exige simplement que l'affaire soit disposée à recevoir solution définitive. Il en résulte tout naturellement un pouvoir discrétionnaire pour le Tribunal d'appel; pouvoir dont il devra être fait un usage raisonné, car on pourrait, nous le reconnaissons volontiers, arriver à supprimer l'appel dans certaines matières qui, comme les matières commerciales, sont en état dès que le délai de comparution est expiré, c'est-à-dire que le juge peut immédiatement statuer, sans avoir besoin d'aucune procédure. Ce droit de souveraine appréciation a été reconnu au juge d'appel par un arrêt du 5 juillet 1882 (S., 83-1-85) de la Chambre des Requêtes. Ce sera souvent une question d'espèce que de savoir si une cause est sujette ou non à évocation, et elle devra être résolue à l'aide des solutions que peut fournir la jurisprudence; aussi, n'allons-nous nous occuper maintenant que du cas où il y a eu conclusions déposées, l'affaire étant, juridiquement parlant, en état.

Les conclusions sur le fond peuvent être déposées en première instance, et ce dépôt peut ne pas être renouvelé devant la Cour; inversement, les parties peuvent, pour la première

fois, conclure sur le fond en appel. Qu'advient-il dans ces deux cas qu'il nous faut étudier?

Le premier cas, c'est-à-dire celui qui vise le dépôt des conclusions en première instance par les diverses parties en cause, ne saurait faire difficulté.

C'est l'hypothèse prévue par l'art. 343; au juge d'appel d'apprécier, d'après cela, s'il est en mesure de juger le fond. Peu importe que ces conclusions ne soient pas reprises devant la Cour, car les conclusions de première instance subsistent, et alors même qu'aucune des parties ne concluerait au fond en appel, la cause parvient au juge supérieur en état d'être jugée immédiatement; l'affectation des parties ou de l'une des parties en appel, de ne pas conclure de nouveau au fond, ne saurait donc empêcher l'évocation (Cass., 23 janvier 1888; D., 88-1-464; Cass., 10 mai 1893; D., 94-1-259) ¹.

Mais la question est plus délicate si, en appel, on pose pour la première fois des conclusions au fond. On pourrait, en effet, soutenir que c'est devant le juge de première instance que la cause doit être mise en état. La faculté d'évocation appartient, en effet, au juge d'appel, non en tenant compte des conclusions posées devant lui, mais bien de l'état de la cause en première instance; ce système doit être rejeté. Les conclusions prises devant le juge d'appel le mettent à même de statuer au fond; il peut rendre un jugement définitif. Notre condition, exigée par l'art. 473, entendue comme le prétend le système que nous combattons, recevrait une atteinte considérable; ce serait, croyons-nous, ajouter à la loi que faire dire à l'art. 473 que la cause doit être forcément en état devant le premier juge, et d'enlever la faculté aux parties de la mettre en état en appel. Aucune condition de temps ni de lieu

1. Ajoutez dans le même sens : Cass., 9 avril 1895; *Gaz. du Pal.*, n° du 25 mai 1895.

n'est imposée; peu importe donc qu'elle le soit en première instance ou en appel, pourvu que le juge d'appel puisse statuer définitivement sur le fond. Nous avons, du reste, vu qu'en cette matière, le juge avait un pouvoir discrétionnaire pour retenir ou renvoyer la cause devant les premiers juges; il usera donc de son droit d'évocation, s'il estime que la cause est susceptible de recevoir solution. On nous objectera, sans doute, que les parties supprimeront le premier degré de juridiction en soumettant au juge supérieur une matière dont le juge inférieur n'a pas été à même de connaître; c'est, croyons-nous, résoudre la question par la question; les parties se trouvant dans les conditions telles que le droit d'évocation est possible, elles ne font, en demandant à la Cour d'user de cette faculté, que se servir d'un droit qui leur est permis. Ce ne sont pas elles qui suppriment le premier degré, c'est la loi elle-même qui, toutes circonstances réunies, leur permet de s'en affranchir (Paris, 7 août 1886; G. P., 87-2-705) ¹.

Il résulte donc de tout ce qui précède que la cause, fût-elle en état devant le Tribunal, ou le fût-elle pour la première fois en appel, le droit d'évocation est possible.

Une cause n'est pas en état quand toutes les parties ne sont pas régulièrement mises en demeure de se présenter à la barre de la Cour; un exemple expliquera notre pensée : un procès s'est déroulé devant un tribunal entre Primus, Secundus, Tertius et Quartus; Primus a succombé et appelle : Secundus et Tertius constituent avoué; Quartus ne répond pas à l'assignation; Primus omet de prendre un arrêt de jonction, et, le

1. Au reste, le pouvoir discrétionnaire du juge trouvera ici une application remarquable. S'il estime que c'est par fraude que l'appelant ou l'intimé concluent pour la première fois au fond, devant la Cour, il lui sera bien facile de déjouer cette supercherie en renvoyant la cause et les parties devant les juges du premier degré.

jour des plaidoiries, les parties qui ont constitué avoué reprennent toutes leurs conclusions et mettent la Cour à même d'évoquer. La Cour ne pourra pas, dans ce cas, user du droit d'évocation, car toutes les parties qui étaient en première instance, ne se retrouvent pas devant elle; la loi qui a permis cette faculté exceptionnelle a pris certaines précautions; elle a voulu, notamment, qu'une cause fût en état pour pouvoir user de l'autorisation qu'elle donnait. Or, suivant nous, une cause n'est pas en état de recevoir solution définitive, quand celui qui doit mettre le procès susceptible d'être jugé définitivement, oublie de remplir les formalités que la loi prescrit pour arriver à ce résultat.

Supposons qu'un Tribunal de commerce soit saisi à la fois d'une question de compétence, et qu'en même temps le défendeur demandeur à l'incident ne conclut pas au fond, le demandeur principal conclut au fond. L'art. 425 du Code de procédure civil, permet à ces tribunaux de statuer par dispositions distinctes, mais par un seul et même jugement, sur la compétence et sur le fond : le Tribunal qui a été saisi du fond, par les conclusions du demandeur, statue contradictoirement sur l'incident et par défaut sur le fond; il y aura-t-il lieu dans ce cas à évocation? Nous ne croyons pas, le Tribunal, en statuant sur le fond quoique l'une des parties ait laissé défaut, a épuisé sa juridiction et la Cour est saisie par l'effet dévolutif de l'appel.

Aussi, nous permettons-nous de critiquer un arrêt rendu par la Cour de Rennes, le 11 août 1886 (Rec. de Nantes, 87-334). Il s'agissait d'un non-commerçant qui, à tort, avait été assigné devant le Tribunal de commerce de Nantes et qui avait laissé défaut en première instance le jugement rendu sur le fond, il interjeta appel et souleva pour la première fois devant la Cour un déclinatoire d'incompétence; la Cour sans

s'arrêter au déclinatoire évoqua le fond ; nous critiquons cette procédure, le Tribunal avait, en effet, statué au fond, il avait par là même épuisé toute sa juridiction ; en appel, l'évocation n'était plus possible pour deux motifs :

1° Qui dit évocation suppose tout d'abord que le fond n'a jamais été jugé. Qu'importe qu'il ait été jugé par défaut, il n'en est pas moins jugé et un jugement par défaut est aussi valable au point de vue de l'exécution qu'un jugement contradictoire, puisque l'assimilation en est possible ;

2° La Cour était seule désormais le juge naturel et nécessaire de la contestation et elle devait en conséquence forcément juger le fond.

En matière civile, si l'une des parties laisse défaut et que la cause paraisse suffisamment en état, la Cour pourrait évoquer et statuer sur l'incident et sur le fond par un seul et même jugement, car l'art. 172 n'est pas applicable aux Cours d'appel ¹.

3° CONDITION. — Il doit y avoir infirmation du jugement de première instance. Le juge d'appel ne peut se substituer au juge de première instance qu'autant qu'il reconnaît que ce dernier a mal jugé ; dans ce cas, il profitera de l'occasion qui lui est offerte d'infirmier un jugement interlocutoire ou définitif pour attirer à lui le fond du litige. Mais si le juge d'appel reconnaît que le juge inférieur a bien jugé, pourquoi enlever à ce dernier la connaissance du fond du litige ? Ce serait singulièrement méconnaître la science du juge ; ne pas l'encourager à étudier sérieusement les affaires qui lui sont

1. Cette question que nous posons au texte comme étant admise unanimement donne lieu cependant à des difficultés. La question de savoir si l'art. 172 du Code de procédure civile s'applique aux Cours d'appel, est en effet discutée (Voyez un arrêt de Cass., 30 décembre 1885 ; F. Jud. 86-466).

soumises, puisque quelque décision qu'il rende sur un interlocutoire, qu'il juge bien ou qu'il juge mal, il aurait devant lui la perspective de ne pas connaître du litige lui-même, il arriverait à se désintéresser des affaires; ce serait un mauvais résultat. D'autre part la partie perdante ira souvent en appel, soit pour retarder la solution de la cause, soit même par erreur, il ne faut pas que ce retard, cette erreur, prive la partie qui triomphe du Tribunal qui l'aurait jugée, s'il n'y avait pas eu appel, et qu'elle soit ainsi, par le fait de l'appelant, privée du double degré de juridiction. Il faut, en un mot, suivant l'expression fort juste de M. Talandier, qu'au cas de confirmation, ce qui a été jugé doive sortir effet.

Les causes pour lesquelles un jugement peut être infirmé sont, on le comprend facilement, fort diverses et fort nombreuses; ce sont, pour la plupart, des questions d'espèce, aussi ne voudrions-nous pas entreprendre de faire une revue même rapide des applications que la jurisprudence a pu avoir à faire. La formule très vague de l'art. 473, § 2, soit pour vice de forme, « soit pour toute autre cause, » donne aux tribunaux un pouvoir sans limite pour infirmer les jugements qu'on leur défère. Néanmoins nous allons passer en revue les principales hypothèses qui peuvent produire une infirmation. Les principes généraux que nous exposerons pourront servir pour résoudre, par analogie, les autres questions qui pourront se présenter. Il faut, avons-nous dit, que l'arrêt soit infirmatif; il résulte tout d'abord de ce principe que la partie qui demande la confirmation d'un jugement qui a statué sur un incident ne peut demander que la Cour évoque le fond. Ainsi, une partie qui demande la confirmation d'un jugement par lequel un tribunal se déclare compétent, ne peut conclure au cas où ses conclusions seraient adjugées

à l'évocation de la cause alors même que la cause serait en état, de telles conclusions devraient être rejetées. L'une des causes les plus importantes et certainement les plus fréquemment invoquées pour arriver à une réformation de jugement, est la compétence. L'art. 172 du Code de procédure civile ordonne aux tribunaux civils de statuer par jugement séparé sur l'incident et sur le fond. Mais il peut arriver que la cause se trouve en état quand la question de compétence se trouve portée devant la Cour. Voyons donc ce que peut faire le juge d'appel.

La question doit être envisagée sous un double aspect :

1° Le Tribunal, sur une exception d'incompétence, s'est mal à propos déclaré incompétent ;

2° Inversement, le Tribunal s'est à tort déclaré compétent ; examinons successivement ces deux cas.

Dans le premier cas, nul doute que l'évocation ne soit possible. Le Tribunal a mal jugé sur sa compétence, il devait connaître du fond, il ne l'a pas fait ; le juge d'appel pourra de suite faire ce que le premier juge devait faire (Nancy, 12 juillet 1887 ; G. P., 87-2-624) ; rappelons pour mémoire que sous la législation intermédiaire, l'évocation était dans ce cas obligatoire pour le juge d'appel.

On a cependant contesté cette opinion et on nous a objecté que nous supprimions le premier degré de juridiction ; le juge qui s'est déclaré incompétent n'a pas du tout statué, et n'a pu même statuer sur le fond, et c'est supprimer bien facilement un principe que la loi regarde comme une des bases fondamentales de notre droit. Pour répondre à cette argumentation, nous répéterons qu'il faut rechercher le but du droit d'évocation. Le législateur l'a admis pour accélérer les procès, pour diminuer les frais ; or, toutes les fois que le juge d'appel trouve devant lui une cause dont le fond est en état

d'être évoqué, il peut le faire. Pourquoi le législateur n'aurait-il pu permettre aux juges de faire ce que les parties pourraient faire elles-mêmes, c'est-à-dire être jugées en dernier ressort? Ne suppriment-elles pas, en ce faisant, le premier degré de juridiction?

Mais il faut cependant apporter une limite à cette théorie. Supposons, par exemple, que la Cour de Rennes annule un jugement du Tribunal civil de Saint-Malo et déclare que c'est le Tribunal civil d'Avranches qui devait être saisi. Le droit d'évocation ne pourra être appliqué par la Cour de Rennes, car elle n'est pas compétente pour juger des appels du Tribunal civil d'Avranches. Les faits à juger se passent hors de sa circonscription territoriale; elle ne peut pas proroger sa juridiction et le reproche qu'elle adresse au Tribunal de Saint-Malo, elle ne peut le regarder comme inexistant vis-à-vis d'elle-même. Ainsi, donc, si l'incompétence prononcée par une Cour a pour résultat de désigner un autre Tribunal, situé hors du ressort de cette Cour, le droit d'évocation ne sera pas possible (Grenoble, 6 janvier 1891; Paris, 7 août 1886; G. P., 86-2-705).

Mais où la question a paru délicate, c'est dans l'hypothèse inverse qui est notre deuxième cas; le Tribunal s'est à tort déclaré compétent, et c'est sur ce terrain que s'est surtout engagée la lutte qui, aujourd'hui, n'a plus qu'un intérêt historique, car la question n'est plus discutée. MM. Merlin et Carré changèrent deux fois d'opinion et l'on peut même dire que le dernier de ces jurisconsultes n'a jamais formulé son système d'une façon bien nette, il nous paraît être resté dans une indécision continuelle (Question 1704, note 3, *in fine*).

Quels sont donc les arguments invoqués pour et contre?

Dans le premier système, qui refuse le droit d'évocation,

on produit les motifs suivants : le Tribunal d'appel, dit-on, ne peut en infirmant le jugement d'un Tribunal qui s'est à tort déclaré compétent, évoquer le fond. 1° Un Tribunal qui a jugé incompétemment ou qui se propose de juger incompétemment, ne juge pas du tout ; c'est ce qui résulte des motifs d'un arrêt de la Cour de cassation du 7 frimaire an XIII.

« Considérant, dit l'arrêt, que de l'annulation du jugement » du juge de paix pour cause d'incompétence, il résulte que le » juge qui l'a rendu n'a point été saisi légalement et n'a pu » remplir le premier degré de juridiction ; que le Tribunal qui » prononce une semblable annulation ne peut pas retenir le » fond et le juger en dernier ressort comme Tribunal d'appel, » sans violer la loi sur les deux degrés de juridiction puisque » réellement et de droit, le premier ne se trouve pas encore » rempli. » Cet arrêt est en harmonie complète avec les principes qui réglementent l'ordre des juridictions, et M. Merlin ajoute : Déclarer nul et incompétemment rendu le jugement de première instance, c'est juger que les parties n'ont pas légalement plaidé devant ce Tribunal ; c'est, par conséquent, juger qu'elles n'ont pas encore joui aux yeux de la loi d'un premier degré de juridiction. Dès lors que doit faire le Tribunal d'appel ? Il doit nécessairement renvoyer les parties à se pourvoir devant qui de droit, car le juge d'appel ne peut pas être compétent pour prononcer comme tel lorsque le tribunal de première instance ne l'est pas pour juger le litige.

2° M. Chauveau (question 1702, § 4-1°) s'appuie sur ce que la partie a eu tort de saisir un Tribunal incompétent, c'est par son fait que le premier degré de juridiction a été mal rempli ; le premier juge a fait ce qu'il n'avait pu faire, et en tire la conséquence suivante : pourquoi le juge d'appel aurait-il plus de pouvoirs que le juge inférieur ? Si

le premier juge était incompétent, en infirmant sa sentence, le juge d'appel se substitue à lui pour corriger les erreurs qu'il a pu commettre, mais cela ne lui donne pas une autorité plus grande ; pourquoi donc si le premier était incompétent le second ne le serait-il pas ? Il y aurait là une inconséquence qui conduirait à méconnaître l'office du juge d'appel qui n'a qu'une mission de contrôle et on voudrait le faire juger une question qui n'a pas encore été soumise aux premiers juges ;

3° Enfin, dit M. Berriat Saint-Prix (p. 433), l'art. 473, § 2, emploie le verbe annuler et non le verbe infirmer. Or, on infirme ce qui est valable et on n'annule que ce qui n'est pas valable ; un jugement incompétemment rendu est un jugement qui n'existe pas, la Cour l'annule, tandis qu'un jugement qui est compétemment rendu mais qui est atteint d'un vice de forme doit être infirmé.

Tous ces motifs sont peut-être un peu trop théoriques. On n'a pas songé au résultat de l'évocation, résultat que nous avons indiqué plus haut ; on semble vouloir discuter sans aborder le fond de la question ; on parle de degré de juridiction supprimé, et l'on ne voit pas dans quelle erreur on tombe. Le système adverse peut, avec tous ses arguments multiples, être bien facilement combattu par un seul argument, mais celui-là décisif.

On nous objecte principalement que le premier degré de juridiction n'a pas été rempli ; mais c'est justement ce motif qui permet le droit d'évocation si le fond avait été jugé ; ce ne serait plus par droit d'évocation que la Cour jugerait, mais par voie de dévolution. Nous croyons inutile d'insister davantage ; répondons en quelques mots à chacun des autres arguments.

L'arrêt de l'an XIII est intervenu sous la législation intermédiaire où le droit d'évocation n'était pas régi par l'art. 473

actuel. Quant à l'argument de M. Chauveau, il ne porte pas, car le demandeur a cru bien faire en saisissant le Tribunal qui a confirmé sa manière de voir, sa décision le rend de bonne foi ; enfin, en ce qui concerne la critique de texte, le législateur n'a pas toujours eu les mots propres qui étaient nécessaires pour bien faire connaître sa pensée. Veut-on connaître le résultat pratique de l'un et de l'autre système.

Nous prendrons un exemple : Primus assigne Secundus devant le Tribunal de commerce de Rennes, en paiement d'une dette. Secundus soulève une question d'incompétence, en prétendant qu'il n'est pas commerçant ou que la dette n'a pas le caractère commercial et demande son renvoi devant le Tribunal civil de Rennes. Le Tribunal se déclare compétent et renvoie à une autre audience pour plaider le fond. La cause remplit toutes les conditions pour pouvoir être évoquée en appel ; appel est, en effet, interjeté par Secundus, et la Cour, en infirmant, pourra évoquer le fond.

Si l'on interdit l'évocation, la Cour devra renvoyer la cause devant le juge compétent, c'est-à-dire devant le Tribunal civil de Rennes ; la Cour pourra, plus tard, être saisie pour la seconde fois du même procès ; ne vaut-il pas mieux pour les plaideurs que, si elle est appelée à statuer sur le procès lui-même, elle le fasse de suite ; le vœu du législateur sera par là même accompli. La Cour n'a-t-elle pas, d'ailleurs, plénitude de juridiction ; les affaires civiles ou commerciales rentrent dans sa compétence, pourquoi avoir recours à des renvois successifs. Enfin, l'art. 473, en disant que l'évocation peut avoir lieu par suite d'infirmité, « soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause, » laisse au Tribunal d'appel un pouvoir des plus étendus qui ne semble en rien exclure l'infirmité pour incompétence ; le législateur ne laissant en rien présumer cette intention, il n'appartient pas

au commentateur de l'ajouter; une telle restriction doit être repoussée. Ce système est aujourd'hui seul admis en jurisprudence, comme étant le plus conforme aux principes (Rennes, 8 avril 1886; Gaz. des Trib., n° du 8 juin 1886; Rennes, 4 mars 1880; S., 81-2-265).

Ces principes posés sur la compétence peuvent nous servir à résoudre par analogie les divers cas d'infirmité qui peuvent se présenter. Soit que l'infirmité ait eu lieu parce que le Tribunal a mal à propos déclaré nul l'exploit introductif d'instance, soit qu'il avait à tort admis une fin de non-recevoir, soit que le jugement sur incident avait été rendu par un Tribunal irrégulièrement composé, soit qu'il soit atteint de tout autre vice de forme, tel qu'un règlement de qualités fait à une autre date que celle de l'avenir en règlement. Dans tous ces cas, le Tribunal a eu le tort d'accueillir, soit la demande en nullité de l'exploit, soit d'admettre la fin de non-recevoir, soit de juger irrégulièrement; le juge d'appel pourra évoquer. Mais, dans l'hypothèse contraire, ou le juge inférieur refuse de prononcer la nullité de l'exploit, ou ne veut pas faire droit à la fin de non-recevoir, il n'y aura pas lieu à évocation parce que la Cour, par son infirmité même, fait crouler toute l'instance; il est inutile de juger le procès.

Enfin, si le jugement est infirmé parce qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner un interlocutoire, la Cour trouvant dans les documents de la cause les éléments suffisants pour juger le fond, pourra évoquer, puisqu'elle trouve que la cause est suffisamment instruite, mais elle ne pourrait user de son droit d'évocation dans l'hypothèse inverse, puisqu'elle estime elle-même que la cause n'est pas en état. Ces principes pourront servir de base de comparaison pour résoudre les hypothèses qui peuvent se présenter.

4^e Condition. — Cette quatrième condition est une question

de forme, elle consiste à imposer au juge l'obligation de statuer sur l'incident et sur le fond, par un seul et même arrêt, mais par deux dispositions distinctes, cela va sans dire. Cette obligation, comme on peut facilement s'en rendre compte, ne forme pas une condition spéciale; elle n'est, à proprement parler, qu'une conséquence d'une autre condition précédemment étudiée, à savoir que la cause doit être en état; le juge qui évoque doit, comme nous l'avons dit, pouvoir se prononcer sur le fond du litige, sans avoir besoin de recourir à aucun mode d'instruction. La sanction de cette prescription légale se trouve dans l'obligation de statuer sur l'incident et sur le fond, par un seul et même jugement. Penser le contraire ne serait-ce pas faire revivre les anciens errements abolis aujourd'hui? De ce moyen de forme que nous étudions cependant à cette place et qui, nous le reconnaissons, serait mieux compris au paragraphe : pouvoir du juge d'appel, nous en tirons de suite quelques conséquences :

1° Le juge d'appel ne peut statuer sur l'interlocutoire, puis renvoyer à une audience ultérieure pour plaider au fond et rendre ensuite sa décision sur le fond. On comprend facilement la violation de l'art. 473 qui veut que le juge supérieur statue sur le tout par une seule et même décision. Ce point qui paraît plus qu'évident, a cependant fait l'objet de pourvoi dont la Cour de cassation, hâtons-nous de le dire, a fait bonne justice. Un arrêt très ancien de la Cour suprême, du 12 novembre 1816, cassait un arrêt de la Cour de Rennes, du 5 mai 1813, qui avait infirmé un jugement du Tribunal de Brest, pour cause de compétence, et avait renvoyé à une audience ultérieure pour plaider au fond.

Enfin, la question se pose encore de notre temps. La Cour suprême a rendu, sur notre quatrième condition, un arrêt, le 24 juillet 1889 (G. P., 89-2-259).

2° De même, le juge d'appel ne peut statuer sur l'interlocutoire, puis, retenant ou mieux évoquant le fond et ne le trouvant pas suffisamment en état, ordonner une mesure d'instruction qui, une fois rapportée, lui permettra de statuer au fond (Cass., 17 mai 1893; G. P., 93-1-705). Nous avouons être quelque peu surpris de ce que la jurisprudence ait eu à se prononcer sur de telles questions que nous croyions ne pouvoir donner lieu à aucune difficulté.

Il est vrai que l'on a contesté cette quatrième condition en disant qu'à la différence des ordonnances de 1579 et de 1667, l'art. 473 ne l'exige pas à peine de nullité. On nous a opposé, en second lieu, l'art 472 du même Code, qui, en cas d'infirmerie, attribue à la Cour compétence sur l'exécution de l'arrêt infirmé; or, dit-on, l'exécution de l'arrêt interlocutoire infirmé n'est-ce pas justement l'instruction et la connaissance du fond du litige; elle peut donc ordonner toute mesure d'instruction et statuer par deux arrêts séparés sur l'incident et sur le fond. Enfin, M. Rivoire ajoute que les mots statuer définitivement ne doivent pas être entendus dans un sens trop absolu; ils signifient, d'après cet auteur, que le Tribunal doit statuer par le même jugement, par décision séparée sur l'incident et par décision séparée sur le fond. Peu importe, et c'est là la particularité du système, que le Tribunal statue définitivement, on ordonne une mesure d'instruction; ce que la loi ne veut pas, c'est que l'incident soit vidé et que le fond ne soit l'objet d'aucune disposition; nous croyons intéressant de citer cette théorie qui a, sinon le mérite d'être juridique, du moins celui d'être fort ingénieux.

« Ces mots « décision définitive » ne doivent être pris dans
» un sens trop absolu, ils sont purement démonstratifs, par
» opposition à une décision qui ne serait que partielle, et,
» pour indiquer qu'il doit être procédé au jugement de toute la

» cause. Ils ne signifient rien de plus; or, infirmer, évoquer
» et ordonner une vérification sur le fond, c'est véritablement
» procéder à un jugement définitif, car, d'aucune part, on ne
» saurait méconnaître toute l'influence d'une décision de
» cette nature sur le fond même; d'autre part, il est impos-
» sible d'admettre que le législateur ait voulu priver les
» tribunaux d'appel des moyens ordinaires qui sont accordés
» à tous les juges, afin d'éclairer leur religion et leur
» conscience (pp. 619 et 620). » Nous repoussons absolument
sous ces systèmes qui veulent faire dire aux textes toute
autre chose qu'ils disent cependant clairement. L'art. 473
n'est que la reproduction des ordonnances de 1579 et 1667;
en cela nous sommes tous d'accord; c'en est l'adaptation à
notre droit moderne, il doit donc reposer sur les mêmes prin-
cipes et avoir la même sanction.

D'ailleurs, l'art. 473 ne répète-t-il pas à deux reprises
différentes que le juge doit statuer d'une manière définitive;
qu'est-ce à dire, sinon qu'il doit terminer définitivement le
procès. L'interprétation donnée par M. Rivoire nous paraît
d'une bien grande subtilité. Du reste, le législateur a, par tous
les moyens possibles, fait voir sa pensée, puisqu'il ne permet
l'évocation que lorsque la matière est disposée à recevoir une
solution définitive, c'est-à-dire que le fond soit en état; n'est-
ce pas encore là défendre au Tribunal qui va évoquer d'or-
donner des mesures d'instructions; nous verrons plus tard
que le Tribunal a un moyen de ne pas évoquer. Nous invo-
querons encore cet argument en notre faveur et nous com-
prendrions, à la rigueur, l'argumentation de M. Rivoire, si
le juge devait fatalement statuer par voie d'évocation; enfin,
pour ceux qui n'auraient pas bien compris sa pensée, le
législateur termine en disant textuellement : « Les Tribunaux
d'appel pourront statuer en même temps sur le fond défini-

tivement, par un seul et même jugement. » Cela est pourtant bien clair, on pourrait nous opposer que l'article dit : Pourront statuer en même temps, par un seul et même jugement, mais tout le monde est d'accord pour ne pas faire rapporter le verbe pouvoir au membre de phrase suivant, il donne une faculté qui ne se rapporte en rien à cet ordre d'idées. Notre conclusion est bien formelle, l'évocation exige de la part du juge un seul et même jugement qui statuera sur l'incident et tranchera, d'une façon bien nette et bien précise, le fond du procès. Quant à la mise en cause de l'art. 472, nous ne la comprenons nullement, car le droit d'évocation est réglé, non par l'art. 472, mais bien par l'art. 473, qui se suffit à lui-même.

Ce système posé, il ne faudrait pas le pousser cependant jusqu'à l'extrême. Aussi, admettons-nous parfaitement avec M. Talandier (p. 440, et M. Chauveau, question 1702. § 1-4°), qu'avant de prononcer sur l'incident, la Cour puisse ordonner une enquête, une expertise, etc., ceci ne viole aucune loi, car lors du jugement sur l'incident la cause étant en état, elle pourra statuer au fond, et elle statuera sur l'incident et sur le fond, par un seul et même arrêt. Il résulte donc que l'on peut ordonner un interlocutoire avant de statuer sur l'incident, puisque c'est sur cet incident, qui ne sera jugé que plus tard, que se greffera le droit d'évocation; mais on ne peut l'ordonner après cet incident vidé. En second lieu, le juge qui s'est conformé en tous points aux prescriptions de l'art. 473, qui a, par conséquent, dans les conditions que nous connaissons, tranché le fond, peut renvoyer devant un juge inférieur pour exécuter cette décision. L'art. 473 a, en effet, reçu satisfaction; le fond du litige est tranché d'une façon précise, mais il faut exécuter cette décision. L'art. 473 n'est plus applicable, son empire a fini lors du prononcé du

fond; rien n'empêche donc le juge supérieur de charger un juge inférieur d'exécuter sa sentence. C'est, en effet, ce qui a été jugé plusieurs fois, et nous citerons deux espèces récentes qui semblent bien indiquer que la jurisprudence est bien fixée en ce sens. Ainsi, le Tribunal d'appel, qui reconnaît le principe d'une créance, peut renvoyer les parties devant expert pour en déterminer le *quantum* (Cass., 9 mars 1863; S., 63-1-225). 2° Dans une action en bornage, après avoir statué au fond, en fixant la ligne divisoire des héritages, le Tribunal d'appel qui a statué, comme nous le supposons, par voie d'évocation, peut renvoyer devant un juge de paix pour l'opération de bornage à faire en exécution et par application de l'arrêt (Cass., 22 décembre 1886; S., 87-1-112).

Nous en avons fini avec toutes les conditions exigées pour que le droit d'évocation soit possible; nous devons nous demander à présent quelle est la sanction de l'inobservation de l'art. 473. Le juge d'appel prononce sur l'incident et renvoie à une audience ultérieure pour plaider au fond, ou bien il ordonne une expertise; que peut-il advenir? La sanction, à n'en pas douter, est la nullité; mais cette nullité est-elle d'ordre public? On a répondu par l'affirmative. Les parties ne peuvent, en dehors des cas expressément permis, porter *de plano* devant la Cour leurs contestations. Ce serait contraire à l'ordre des juridictions, par suite à l'ordre public. Nous nous sommes expliqué déjà à cet égard dans nos préliminaires et nous avons admis que les parties ne pouvaient *de plano* saisir la Cour d'un litige qui n'avait pas subi l'examen de premiers juges; nous connaissons le but de l'institution des Cours d'appel, et admettre une telle solution serait les détourner de leurs attributions naturelles. Mais telle n'est pas la question en jeu et on tombe dans une erreur qui amène une fausse solution en envisageant la question d'aussi haut.

La Cour, il ne faut pas l'oublier, est déjà saisie d'une question qui est de sa compétence à l'occasion de ce chef de contestation; les parties peuvent consentir que d'autres chefs qui dépendent de celui qui est soumis, qui sont en rapport avec ce dernier, soient en même temps l'objet de la décision. Il y a un litige antérieur qui a permis à la loi, dans des conditions bien déterminées, d'apporter exception au double degré de juridiction : les parties, par leur silence ou même par leur accord, ont entendu jouir de cette faculté; et penser autrement ne serait pas logique, car elles sont fondées à croire qu'elles peuvent faire ce que la loi, elle-même, ne défend pas. Elles ont, en définitive, voulu renoncer au double degré de juridiction, ce qui est, nous le savons, licite (Montpellier, 20 février 1893; D., 94-2-12). Nous en concluons donc que le consentement des parties peut couvrir la nullité dont est entaché un arrêt qui a statué par voie d'évocation, en dehors des cas prévus par la loi; cette renonciation peut être expresse, elle sera le plus souvent tacite, et résultera notamment du silence gardé sur la nullité et sur l'absence de protestations et de réserves, lors de l'exécution de l'arrêt ordonnant une mesure d'instruction, et la partie ne pourra plus s'en prévaloir devant la Cour de cassation. C'est aussi en ce sens que s'est prononcée la Cour suprême le 29 avril 1885 (S., 86-1-157), et la doctrine admet également la même opinion (Talandier, p. 441; Rivoire, p. 620; *contra* Chauveau, question 1702, § 1^{er}, n° 4 et question 1676).

§ 2. — *Cas où il n'y a pas lieu à l'évocation.*

Nous venons d'étudier les conditions nécessaires à l'existence du droit d'évocation, et, par là, nous avons eu l'occasion de déterminer les cas où il y avait lieu à évocation et d'en

déduire implicitement ceux dans lesquels elle était impossible. C'est ainsi que nous avons été amené à constater qu'il n'y avait pas lieu à évocation quand le Tribunal de première instance avait jugé le fond du procès ou quand le Tribunal d'appel confirmait le jugement sur l'incident. Nous devons ici signaler quelques autres situations que nous n'avons pas eu l'occasion d'aborder.

1^{er} Cas. — Il n'y a pas lieu à évocation quand le Tribunal inférieur a omis de statuer sur certains chefs des conclusions. La Cour est, en effet, saisie par l'effet dévolutif de l'appel, c'est à elle seule qu'il appartient de modifier le jugement. Le fond a été jugé par les premiers juges, ils ne peuvent après coup ajouter à leur jugement qui est désormais acquis aux parties jusqu'à ce que le juge d'appel statue à son tour. Le droit d'évocation ne saurait donc avoir d'application dans la circonstance et l'appel reçoit ici son utilité toute naturelle : corriger les erreurs, réparer les omissions des premiers juges. Il en est de même, c'est-à-dire que l'évocation n'est pas possible, lorsque les premiers juges ont statué *ultra petita* ; il y aura lieu à annulation de la partie du jugement qui a statué sur une chose non demandée, il y a eu excès de pouvoir commis ; le juge d'appel, en vertu de son pouvoir régulateur, remettra le procès sur son véritable terrain et le fera rentrer dans les limites de la demande. Quel intérêt, d'ailleurs, auraient les parties à soumettre au juge d'appel une question dont elles n'ont pas jugé utile de saisir le juge du premier degré ? Il y aurait, en tout cas, une demande nouvelle qui, comme telle, devrait être repoussée ; car, si le juge évoque, s'il statue sur ce que les premiers juges n'ont pas jugé, faut-il, tout au moins, que le juge du premier degré ait été mis à même de la juger tôt ou tard, autrement il faut

que la question soit pendante devant lui. C'est, du reste, ce que formule M. Talandier (p. 422). Pour qu'il y ait lieu à évocation, il faut que le point litigieux ait été soumis aux juges de première instance, et cet auteur fait suivre sa pensée d'un exemple : Il suppose qu'après un jugement de première instance, intervient une transaction, puis appel du jugement. La question de savoir si le montant des condamnations qui avaient été prononcées par le jugement a été compris dans la transaction, n'appartient pas au juge d'appel. Les premiers juges n'ont pu être saisis de cette demande ; par suite, l'évocation n'est pas possible.

2° Cas. — *Conflit*. — Ce cas suppose que le Tribunal civil est saisi d'une matière de la compétence du Tribunal administratif, ou inversement ; dans ce cas, le Tribunal administratif ne peut s'approprier la connaissance du litige, se déclarer compétent et évoquer : le principe de la séparation des pouvoirs recevrait une atteinte, l'indépendance des diverses juridictions serait menacée. La loi a prévu, du reste, la difficulté qui pourrait se produire, et a organisé la procédure des conflits. C'est le Tribunal des conflits qui doit prononcer le renvoi.

3° Cas. — En matière de litispendance et de connexité, deux tribunaux peuvent être saisis d'un même litige, la loi, pour éviter des décisions multiples qui seraient inutiles et peut-être contradictoires, veut que le premier Tribunal saisi soit seul juge de l'affaire. Mais, le Tribunal le dernier saisi, devant lequel, par conséquent, on présente l'exception de litispendance, peut refuser de l'admettre et, par suite, de se dessaisir du litige. Quelles vont en être alors les conséquences ? Si le litige est susceptible d'appel et que les deux tribunaux ressortissent de la même Cour, on pourra alors

interjeter appel de la deuxième décision rejetant la litispendance et on appellera également du jugement rendu par le Tribunal le premier saisi. Dans ce cas, l'exception et le fond seront soumis à la Cour, qui jugera quel Tribunal était compétent; puis, statuant au fond, non par voie d'évocation, mais par voie de dévolution, elle fera droit à nouveau; il n'y aura pas à craindre de contrariété de jugement, puisqu'elle seule est désormais le juge unique.

Au cas où le fond du litige ne serait pas susceptible du double degré de juridiction, ou au cas où les deux tribunaux ne feraient pas partie du ressort de la même Cour, il y aurait lieu à la procédure en règlement de juges.

L'évocation serait possible si la Cour statuait sur l'appel d'un jugement qui, sans examiner le fond, a renvoyé les parties devant un autre Tribunal, sous prétexte de litispendance; nous ne croyons pas, contrairement à M. Talandier (p. 422, n° 2), qu'un renvoi soit nécessaire; la Cour a plénitude de juridiction et elle peut juger immédiatement le fond s'il est en état (Cass., 5 juin 1832; S., 32-1-760).

Nous avons jusqu'ici distingué avec soin les cas où la Cour statue par voie d'évocation de ceux où elle est saisie, par l'effet dévolutif de l'appel. Un double intérêt s'attache, en effet, à cette distinction; double intérêt que nous avons déjà signalé plusieurs fois.

1^{er} Intérêt. — La Cour qui se saisit du fond par l'évocation n'est pas tenue de statuer sur le fond, elle peut renvoyer la connaissance du litige à un autre Tribunal. Si, au contraire, c'est par l'effet dévolutif de l'appel que la Cour est saisie, elle doit statuer nécessairement; le premier degré de juridiction est épuisé, c'est désormais la seule juridiction possible et, comme telle, elle ne peut se dessaisir sous peine de commettre un déni de justice.

2° *Intérêt.* — La Cour statuant par voie d'évocation doit terminer le procès par un seul et même arrêt, tandis que si elle statue par voie de dévolution, elle est de plein droit substituée au juge du premier degré, tout ce que ce juge peut faire, elle-même, elle peut l'ordonner à nouveau; elle peut, si le premier juge a trouvé la cause suffisamment instruite, ne pas partager sa manière de voir, ordonner pour la première fois une mesure d'instruction. Elle jouit, en un mot, de cette prérogative qui place le juge au-dessus de toute suspicion et qui lui permet de posséder, à bon droit, le respect dont toutes ses décisions sont dignes. Mais il n'y aurait aucune nullité si, par erreur, la Cour qualifiait mal son arrêt et, quand elle statue par voie de dévolution elle indique, au contraire, que c'est par voie d'évocation. Elle peut, comme nous venons de le voir, ordonner, dans ce cas, toutes les mesures qu'elle juge propres à éclairer sa religion et elle ne viole en rien l'art. 473, puisqu'il n'est pas en jeu; mais la réciproque n'est pas vraie et si, quand elle statue par voie d'évocation, elle prétendait statuer par voie de dévolution et ordonnait à tort une mesure d'instruction, elle commettrait alors une erreur de droit qui soumettrait sa décision à la censure de la Cour suprême (Cass., 8 mai 1889; G. P., 89-2-221) ¹.

1. En ce qui concerne toutes les questions se rapportant à l'évocation, nous citerons les conclusions de M. le substitut Bonnet, sous l'arrêt de la Cour de Paris du 14 décembre 1894 (Gaz. du Pal., 95-1-115). Cet honorable magistrat a traité avec grand savoir les différentes questions qui se rattachent à la distinction entre le droit d'évocation et le droit de dévolution.

Nous n'avons lu ces conclusions qu'après notre travail terminé, et nous avons pu remarquer que les théories par nous émises étaient en parfaite concordance avec l'opinion soutenue par l'organe du ministère public et consacrée par la Cour.

§ 3. — *Pouvoirs du juge d'appel en matière d'évocation.*

L'art. 473 a rendu le droit d'évocation facultatif pour le juge, le législateur a voulu laisser aux magistrats le soin d'examiner si l'intérêt des parties exigeait l'usage de ce droit exceptionnel; il lui a permis, en outre, de se consulter lui-même, de se demander si la cause lui arrivait suffisamment instruite, s'il ne vaudrait pas mieux la renvoyer à d'autres juges qui auront toute facilité pour l'instruire, pour la mettre en état d'être jugée. Cette faculté résulte du verbe « Pourront » renfermé dans notre article. Cette innovation ne peut qu'être approuvée. Sous le droit intermédiaire nous savons que lorsque le juge avait été à même de connaître du fond et ne l'avait pas fait, on regardait le premier degré comme épuisé et le Tribunal d'appel devait forcément évoquer. Le résultat obtenu était de mauvaises décisions rendues, et ce, malgré les juges qui, reconnaissant leur impuissance et qui, quoique n'ayant pas une connaissance complète de la cause, devaient quand même juger et, ce qui est plus grave, jugeaient en dernier ressort. Ce pouvoir est cependant limité par deux principes restrictifs; en premier lieu, il ne doit pas porter atteinte à l'ordre des juridictions; en second lieu, il ne doit pas violer le double degré de juridiction.

Tout d'abord, il ne peut porter atteinte à l'ordre des juridictions, chaque juridiction considérée au point de vue de l'administration de la justice, comme corps chargé d'appliquer la loi, a reçu une compétence spéciale, soit à raison de la matière, soit à raison des personnes, soit à raison du lieu; la première, nous le savons, est d'ordre public, le juge ne peut en rien y déroger : Supposons qu'une Cour annule pour incompétence un jugement du Tribunal civil, parce que c'était

le juge de paix qui était compétent; la Cour ne pourra évoquer le fond, car elle ne peut avoir plus de pouvoirs que la juridiction dont elle est chargée de redresser les erreurs, il y aurait atteinte aux règles de la compétence : elle s'attribuerait des pouvoirs qu'elle n'a pas, elle n'est pas chargée de réformer les sentences des juges de paix et, comme le dit fort bien la Cour de Paris, dans un arrêt du 12 janvier 1882 (G. P., 82-2-81), « il y a lieu de maintenir l'ordre des juridictions. » La Cour doit donc se borner à renvoyer les parties devant les juges qui doivent connaître de la cause. Supposons encore que le juge inférieur, un Tribunal de commerce par exemple, se soit à tort déclaré compétent (le juge de paix ayant dû être saisi du litige), puis ait statué au fond; appel est interjeté sur la compétence et sur le fond. La Cour ne pourra connaître de la cause par voie de dévolution; à plus forte raison doit-il en être ainsi, quand la Cour doit statuer par voie d'évocation : ce qui constitue une dérogation au droit commun et ce qui, par conséquent, doit être admis avec une plus grande réserve, le cas où la Cour statue par voie de dévolution étant de beaucoup plus favorable que le cas où elle statue par voie d'évocation ¹. Quant à l'incompétence *ratione loci* elle doit également être respectée.

En second lieu, le droit d'évocation ne doit pas porter atteinte au double degré de juridiction. Cette proposition qui peut paraître un peu bizarre doit être suivie immédiatement d'un exemple que nous prenons dans la jurisprudence. Un juge de paix a été saisi à tort d'une demande

1. Dans l'exemple que nous avons choisi plus haut, supposons que le Tribunal de commerce se soit déclaré à tort compétent et ait jugé une cause que le juge de paix devait juger à charge d'appel. L'affaire renvoyée devant le magistrat compétent sera de nouveau susceptible d'appel. Nous voyons là un exemple où une même cause aura subi trois degrés de juridiction.

tendant à faire consacrer un usage ou une convention contestée, litige rentrant dans la compétence du Tribunal civil. Le Tribunal de Libourne, sur l'appel du défendeur, avait annulé le jugement du juge de paix de Castillon, et avait ensuite statué par voie d'évocation « attendu, dit la Cour de » cassation, sur pourvoi de l'appelant, qu'en statuant ainsi, le » jugement attaqué a méconnu la règle des deux degrés à » laquelle rien ne prouve dans la cause que Morin ait entendu » renoncer, et qu'il a en outre violé par fausse application » l'art. 473 du Code de procédure civile, casse (Cass., 23 décembre 1884; S., 86-1-165) ». Cet arrêt est facile à justifier, le juge qui évoque statue comme juge d'appel, puisque l'évocation ne peut se comprendre que de la part d'un juge infirmant une décision rendue par le juge inférieur, par suite il statue en dernier ressort; le Tribunal civil de Libourne avait donc commis un excès de pouvoir en statuant en dernier ressort dans un litige où la loi ne lui permettait de connaître qu'à charge d'appel. Le consentement des parties serait inefficace pour autoriser, dans ce cas, le juge à évoquer, il y aurait violation d'un principe d'ordre public, atteinte à l'organisation des juridictions (Cass., Belgique, 14 juin 1883; D., 84-2-201).

Comme corollaire à cette question, on peut se demander si le Tribunal d'appel qui évoque après infirmation, peut user de ce droit lorsque le fond était de nature à être jugé en dernier ressort par le Tribunal inférieur. La question est controversée; on a soutenu et on soutient aujourd'hui l'affirmative. L'art. 473 ne fait aucune distinction entre le cas où la matière peut être jugée à charge d'appel, de celui où elle peut être jugée en dernier ressort. L'art. 473 sera très utile aux petits procès et surtout à ceux-là, car ils ont besoin, plus que tous autres, de célérité et d'économie. Enfin, les parties

n'ont droit qu'à un seul degré de juridiction, elles l'ont dans la Cour (Talandier, p. 437; Bonfils, n° 1442). La jurisprudence paraît définitivement fixée en ce sens (Poitiers, 17 juillet 1889; G. P., 89-2-249; Nancy, 12 juillet 1887; G. P., 87-2-624; Cass., 21 mars 1883; S., 84-1-145) ¹.

Quoi qu'il en soit, il nous est difficile d'admettre ce système. Les Cours d'appel ont leur compétence déterminée comme celle des tribunaux de première instance, notamment elles ne peuvent connaître d'un litige dont la valeur est inférieure à 1,500 fr.; ce serait ainsi arriver, par un but détourné, à charger le rôle de petites affaires et à occuper les audiences au détriment des affaires plus importantes. Mais où nous croyons surtout avoir raison c'est en considérant l'évocation en elle-même; elle a pour but, en effet, de permettre à la Cour de se saisir du fond d'un procès sur lequel elle peut être appelée tôt ou tard à donner une décision; la loi a tout simplement permis que la Cour fût saisie plus tôt de ce litige et elle n'a pas permis autre chose, elle l'a autorisé dans un but de célérité et d'économie sans doute; mais ces deux raisons se comprennent facilement, il est peut-être inutile de renvoyer le fond d'une affaire devant un Tribunal, quand la Cour pourra en être saisie de nouveau plus tard. Mais, dans le système que nous combattons, l'évocation ne nous paraît avoir aucune utilité, puisque la Cour ne sera jamais saisie du fond. Nous invoquerons l'art. 454 du Code de procédure civile; lorsqu'il s'agit de compétence, l'appel est toujours recevable, mais, dans ce cas, la Cour qui annule le jugement qui a statué sur la compétence, annule par voie de conséquence la décision sur le fond; personne ne soutient cependant que la Cour puisse juger de nouveau le procès, elle

1. Dans ce sens, nous citons le dernier arrêt rendu à notre connaissance sur ce point (Paris, 9 août 1894; Gaz. du Pal., 94-2-433).

doit renvoyer le fond du litige au juge qu'elle désigne pour en connaître. En s'emparant du fond, dit M. Chauveau, les juges d'appel n'anticipent pas sur une compétence qui leur appartient, mais s'en attribuent une qui ne leur appartient pas (Chauveau, question 1702, § 8; De Fréminville, n° 1012; Rivoire, n° 377).

Le système de la jurisprudence peut se condenser dans une formule très brève. Le droit d'évocation n'est pas soumis au taux du ressort, nous dirions, au contraire, le droit d'évocation est subordonné à ce taux.

La Cour qui est saisie, par suite du renvoi de la Cour de cassation, a absolument les mêmes droits que la Cour première saisie; elle est, en effet, par suite de la cassation réputée, mise à la place de la Cour dont l'arrêt a été cassé, elle peut donc, comme elle, évoquer le fond et elle peut l'évoquer quand même, la première Cour n'aurait pas usé de ce droit. La Cour qui n'use pas du droit d'évocation doit renvoyer l'affaire devant des juges qu'elle désigne. Ces juges ne peuvent être les mêmes que ceux qui ont connu de la cause; il y aurait là, en effet, un préjugé défavorable pour celui qui a fait annuler leur décision; il pourrait craindre un ressentiment de leur part; il n'aurait plus la confiance que le plaideur doit avoir dans ses juges (art. 472, par analogie Cass., 11 janvier 1888; Pand. franç., 88-1-101).

§ 4. — *Effets de l'évocation.*

Le droit d'évocation, lorsqu'il se produit, a pour effet de replacer les parties dans le même état où elles se trouvaient avant le jugement; si, donc, des conclusions ont été prises et qu'elles n'ont pas été renouvelées à la barre de la Cour, le juge d'appel doit statuer sur tous les points soumis au juge

de première instance, et les parties peuvent reprendre ces mêmes conclusions devant la Cour, sans avoir recours de la part de l'intimé à un appel incident. Comment, en effet, comprendre un appel incident puisque nous avons toujours soutenu que l'évocation ne pouvait avoir lieu, du moment que le fond avait été jugé, l'eût-il été irrégulièrement ou le jugement fût-il annulé pour vice de forme. Mais, pour la jurisprudence qui admet qu'un jugement définitif peut être annulé pour vice de forme, cette théorie a son importance (voyez Caen, 12 janvier 1881, joint à Cass., 21 mars 1883; S., 84-1-145).

Enfin, l'évocation apporte une dérogation au double degré de juridiction. Elle supprime le premier degré.

CHAPITRE IV

De l'exécution des Arrêts

Nous venons de voir que dans certains cas déterminés, la Cour peut renvoyer la connaissance du procès au juge inférieur qu'il désigne; il nous faut étudier maintenant une autre sorte de renvoi que peut prononcer le juge d'appel. L'hypothèse est toute autre et il faut la distinguer avec soin du droit d'évocation. Le juge inférieur, dans notre chapitre, a ou n'a pas jugé le fond, ce qui, comme on le voit tout de suite, est contraire au droit d'évocation; le juge d'appel est saisi et statue soit par voie de dévolution soit même par voie d'évocation; cela importe peu, en effet, à la question que nous allons maintenant étudier. Des difficultés s'élèvent sur l'exécution de l'arrêt; quelle juridiction va en connaître? C'est dans ce but qu'a été écrit l'art. 472. Il faut faire de suite la distinction que notre article fait lui-même. Si le jugement est confirmé, l'exécution en appartient au Tribunal de première instance qui a rendu la décision; s'il y a, au contraire, infirmation, les difficultés qui peuvent naître à raison de l'exécution de l'arrêt, appartiennent soit à la Cour, si elle veut retenir cette connaissance, soit à un Tribunal qu'elle désigne, autre que celui qui a rendu la sentence infirmée. Certaines exceptions sont ensuite apportées à ces principes.

L'art. 472 a mis fin à une grande incertitude qui régnait dans notre ancien droit en cette matière; ainsi, pendant que certaines coutumes ordonnaient que l'exécution appartiendrait

au juge d'appel, soit qu'il confirmât, soit qu'il réformât. « Le juge d'appel exécute le jugement par lui donné ou confirmé, » nous dit Loysel, dans ses *Institutes coutumières*; d'autres coutumes admettaient le principe contraire. Enfin, un troisième groupe laissait un pouvoir souverain d'appréciation aux juges. Les discussions qui eurent lieu lors des débats sur l'art. 472 sont loin d'éclairer la pensée du législateur. Nous diviserons nos explications en trois paragraphes, nous étudierons tout d'abord le cas où le jugement est confirmé, ensuite nous aborderons celui où il y a infirmation; enfin nous terminerons en passant les divers cas d'attribution de juridiction contenus dans les Codes.

§ 1^{er}. — *Cas où le jugement est confirmé.*

Si le jugement est confirmé, l'exécution appartiendra au Tribunal dont est appel. Tout d'abord, une critique de style, le législateur semble dire que, dans le cas où le jugement est confirmé, l'exécution appartient dans tous les cas au Tribunal qui a rendu le jugement; cet article semble être attributif de juridiction, il n'en est rien et l'art. 472 n'a rien innové. Les tribunaux de commerce, par exemple, ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements; l'article qui nous occupe, si on le prenait à la lettre, semblerait vouloir dire que si la Cour confirme le jugement d'un Tribunal de commerce, ce Tribunal pourrait connaître de l'exécution de son jugement. Ce serait commettre une grave erreur et certainement, s'il y avait eu dérogation à l'art. 442, on en trouverait trace quelque part; il n'en est rien et la pensée du législateur est celle-ci : si le jugement est confirmé, l'exécution appartiendra au Tribunal qui en aurait connu s'il n'y avait pas eu appel.

Le jugement ayant été confirmé, l'appel reconnu mal fondé, c'est tout comme s'il n'y avait jamais eu appel, tout se passera donc suivant l'ordre naturel des choses, et le juge notamment connaîtra de l'exécution de ses jugements; il n'y a aucune raison pour dessaisir le juge inférieur de cette exécution, il a été reconnu qu'il avait bien jugé; une plus grande confiance doit s'attacher à ses décisions. Au cas d'infirmité, au contraire, disons-le de suite, le législateur a pu avoir certaines craintes provenant du mécontentement du juge qui vient de se voir réformer; il a pu croire que, peut-être, l'exécution pouvait être mal interprétée par ce juge, qui tâchera de la ramener dans le sens de la décision qu'il avait rendue. Les parties elles-mêmes sont fondées à avoir une certaine suspicion, elles peuvent redouter une partialité, elles connaissent l'opinion du juge, elles n'ont plus confiance dans cette indépendance qui doit en tout et partout présider aux sentences du magistrat. Aussi, dans ce cas, la loi a-t-elle permis une alternative au juge d'appel soit de conserver l'exécution soit de renvoyer les difficultés de cette exécution à un autre Tribunal.

Si l'arrêt confirme un interlocutoire, un jugement ordonnant une enquête, par exemple, l'exécution en est renvoyée au Tribunal qui a rendu ce jugement, et il en est ainsi quand même le Tribunal du premier degré est un Tribunal d'exception. Si, en effet, ces tribunaux ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements, cette interdiction ne s'entend que lorsqu'il s'agit d'actes d'exécution proprement dits, et non d'actes qui tendent à compléter l'instruction du jugement définitif. Ainsi peuvent-ils ordonner une expertise et statuer sur les difficultés qui peuvent naître à cette occasion, et notamment ils peuvent condamner les experts à des dommages-intérêts, en cas de retard, dans le dépôt de leur rapport, et si certaines mesures d'instruction leur sont enlevées, telles que la

procédure d'inscription de faux, et de vérification d'écritures, les autres voies d'instruction leur sont permises et ils restent libres d'éclairer leur religion comme bon leur semble, penser autrement serait leur permettre de juger sans pouvoir délibérer. Les parties sont du reste encore en instance, le juge n'a pas encore terminé sa mission. Mais que faut-il décider, quand une Cour confirme sur le fond un jugement d'un Tribunal de commerce : il est manifestement évident que le Tribunal ne pourra dans ce cas connaître de l'exécution de son jugement. Un système qui est bien simple et qui se présente de suite à la pensée, consiste à dire que la Cour doit garder cette exécution et ce système a trouvé un défenseur dans M. Carré (quest. 1695).

Mais ce système, si simple et si clair qu'il soit, ne répond pas aux prescriptions de l'art. 472. Le législateur ne veut pas que, dans ce cas, la Cour connaisse de l'exécution : il ne s'agit pas, en effet, d'exécuter cet arrêt, il s'agit d'exécuter le jugement qui, un moment paralysé dans sa force exécutoire, a reçu une nouvelle vigueur par l'arrêt confirmatif. La connaissance de cette exécution appartiendra, comme nous le disions en commençant, au Tribunal qui aurait dû connaître de cette exécution, s'il n'y avait pas eu appel; or, ce Tribunal est déterminé par l'art. 553 du Code de procédure civile, c'est-à-dire le Tribunal dans l'arrondissement duquel se poursuit l'exécution, c'est donc devant ce Tribunal que l'exécution sera renvoyée et non comme l'enseigne, à tort, M. Favard de Langlade. I, p. 188, devant le Tribunal dans l'arrondissement duquel se trouve le Tribunal d'exception qui a été confirmé.

Il peut arriver qu'en confirmant un jugement, la Cour procède par voie d'addition, c'est-à-dire, qu'elle ajoute une disposition nouvelle, elle étend par exemple la mission des

experts, elle condamne une partie aux intérêts, aux arrérages échus depuis le jugement.

Ces additions ne changent rien aux principes ci-dessus exposés, cette mission des experts n'est en rien altérée, elle est simplement étendue, ces intérêts, ces arrérages auraient sans doute été alloués, s'ils avaient été dus et demandés lors du jugement. Ces additions dépendent de la disposition principale, elles doivent être exécutées avec elle. M. Chauveau n'admet cette solution qu'à regret; suivant lui, l'art. 472 n'est pas applicable en l'espèce, car il ne s'agit ni de confirmation, ni d'infirmerie, et le savant auteur reconnaît cependant que les principes du droit naturel qui consisteraient à saisir le Tribunal de l'exécution de la partie confirmée et la Cour de la partie ajoutée, ne peuvent recevoir ici leur application et qu'ils doivent fléchir devant la connexité qui existera toujours entre les uns et les autres (Talandier, p. 467).

Mais il ne faut pas confondre l'exécution de l'arrêt avec l'interprétation de l'arrêt. L'interprétation est destinée à faire connaître le sens dans lequel le juge a rendu telle décision qui peut prêter à un doute quelconque. Or, cette interprétation ne peut être fournie que par le juge même qui a rendu la sentence. C'est lui qui est; plus que tout autre, le mieux à même d'indiquer comment on doit entendre telle clause, comment elle doit être exécutée. Or, par la confirmation, le juge d'appel a fait siens les motifs du juge de première instance, c'est donc à ce juge d'appel que l'on doit demander l'interprétation du jugement simplement confirmé (Paris, 6 mai 1892, G. P., 92-1-690).

§ 2. — *Du cas où le jugement est infirmé.*

Nous savons déjà que si le jugement est infirmé, les difficultés qui peuvent naître à l'occasion de cette exécution

peuvent être retenues par la Cour, ou bien la connaissance peut en être renvoyée à un autre Tribunal, nous en connaissons également les causes. Nous avons parlé jusqu'ici d'exécution : il est temps, croyons-nous, de rechercher ce que la loi a entendu par cette expression « l'exécution. » Cette question a été examinée par M. Talandier, p. 472, et par M. Chauveau (question 1698 *bis*). Le premier de ces auteurs admet une distinction, dans l'exécution, prise au sens de l'art. 472. « La connaissance des difficultés qui peuvent » naître sur l'exécution de l'arrêt réformateur appartient à » la Cour d'appel qui l'aura rendu, en ce sens que si ces » difficultés viennent de dispositions obscures, contenues dans » cet arrêt, du mode de liquider une restitution de fruits, des » dommages-intérêts qu'il aurait prononcés contre une partie. » S'il s'agit d'obtenir la prolongation d'un sursis accordé, ce » sera à la Cour seule qu'appartiendra le droit d'interpréter » les dispositions obscures, ou de statuer sur la liquidation » des dommages-intérêts ou d'accorder le sursis. Mais cette » Cour ne peut connaître de l'exécution de ses propres arrêts » dans les cas où il y a attribution de juridiction et en ce qui » concerne leur exécution forcée. » Citons le *criterium* indiqué par M. Chauveau : L'auteur, se demandant de quelle exécution a entendu parler notre texte, pose le principe suivant : « Il s'agit de cette exécution qui appartient aux juges et non » pas à la partie de cette exécution qui n'est pas la voie, pour » obtenir paiement des condamnations mais qui est unique- » ment destinée à compléter, à parfaire, à expliquer, à inter- » prêter le jugement. » Nos deux auteurs, en réalité, semblent admettre le même point de distinction, s'il s'agit d'interprétation de perfection de l'arrêt, c'est alors la Cour qui devient compétente ; s'il s'agit, au contraire, d'exécution forcée, c'est au Tribunal qu'il faut soumettre la difficulté. Vent-on nous

permettre de critiquer ces systèmes. D'un mot nous dirons notre pensée. Cette théorie n'en est pas une, c'est tout simplement l'application de l'art. 472. Vous parlez d'interprétation de l'arrêt. Cette question n'a rien à voir ; autre chose est l'interprétation, autre chose est l'exécution. Mais le principe posé est juste, reconnaissons-le, quand il s'agit de parfaire, de compléter la décision. Vous dites ensuite : Lorsqu'il s'agira d'exécution forcée, la Cour ne sera plus compétente, personne ne songerait, par exemple, à porter devant la Cour la demande en nullité d'une saisie-arrêt qui a été pratiquée en vertu de son arrêt. Mais ce que vous dites, la loi l'a dit avant vous. Quand l'art. 472 *in fine* parle d'exécution forcée : Quand les différents textes spéciaux attribuent juridiction à tel Tribunal.

Ce n'est donc pas ce *criterium* qu'il faut appliquer si l'on veut voir une distinction dans le mot exécution, et nous croyons cette distinction nécessaire, nous allons le voir tout à l'heure. Voici comment nous l'expliquerons. N'oublions pas que l'art. 472 est un texte exceptionnel, et que, comme tel, il doit recevoir une interprétation restrictive : toutes les fois que l'on ne se trouvera pas dans l'exception, on doit appliquer la règle, c'est-à-dire, dans notre cas, le double degré de juridiction ; l'art. 472 prévoit l'exécution de l'arrêt, exécution qui en est la suite immédiate, la conséquence directe. Mais si l'exécution soulève une question qui n'a pas été soumise aux premiers juges ; alors cette demande doit subir le double degré de juridiction. C'est là, croyons-nous, la base de notre article. Nous sommes dans une matière où nous devons avoir comme guides le premier et le dernier ressort ; n'allons point chercher ailleurs la pensée du législateur. Mais nous nous heurtons de suite à un écueil ; on va nous répondre : la loi elle-même vous a devancé et ces questions, soulevées par

l'exécution, n'ont pas été jugées par la Cour; mais elle ne pouvait pas les juger, car la loi le lui défend (art. 472, *in fine*). Nous répondrons que, dans certains cas, la question pourra paraître délicate au point de vue théorique, non pas pour les voies d'exécution forcée, mais pour les cas dans lesquels la loi attribue juridiction. Nous disons au point de vue théorique seulement, car notre système combiné avec le texte *in fine*, saisira toujours le Tribunal. Cependant, il n'est pas impossible de trouver des exemples dans la jurisprudence, exemples qui ne supposent aucune controverse.

Vous obtenez contre moi un arrêt me condamnant à vous payer une certaine somme; quand vous venez pour m'exécuter je vous oppose la compensation. Il y a là une difficulté qui va s'élever, mais qui ne pourra être jugée qu'en subissant le double degré de juridiction, car, si la loi permet d'opposer la compensation en appel (art. 461 du Code de procédure civile), c'est à une condition : c'est que ce moyen de défense soit proposé avant l'arrêt à intervenir. Ainsi donc, s'il se mêle à l'exécution une difficulté faisant naître une question qui n'a jamais été jugée, l'art. 472 ne pourra pas recevoir d'application, et l'on devra retourner devant le Tribunal et recommencer un nouveau procès. Mais, si l'exécution ne soulève que des questions qui se rapportent à l'arrêt, la Cour ordonne dans une affaire la production de livres de commerce, de factures : la partie condamnée se refuse à produire certains livres, certaines factures, prétendant que ces pièces sont étrangères au procès, ou n'y apporteraient aucune lumière. C'est cette juridiction qui devra être saisie de la difficulté. Nous verrons tout à l'heure une autre application de notre théorie.

Notre manière d'interpréter l'art. 472 n'est en définitive que l'application de cet autre principe que nous avons posé

quelques pages plus haut, quand, en parlant des tribunaux de commerce, nous distinguons par avance les voies d'exécution des voies qui tendent à parfaire, à compléter la décision; en cela, nous nous trouvons d'accord avec M. Chauveau : nous arrivons au même but par un chemin différent. Une décision récente du Tribunal civil de Carcassonne, du 19 juillet 1887 (*Gaz. des Trib.*, n° du 27 octobre suivant), peut être de quelque utilité en notre matière.

La réformation peut porter sur un jugement qui a jugé le fond sur un jugement interlocutoire ou préparatoire.

Occupons-nous tout d'abord du jugement qui a jugé le fond. Si le jugement est réformé en entier en ce sens que la Cour a également jugé définitivement le fond sans ordonner d'interlocutoire, sa décision est substituée à celle des premiers juges, elle la remplace, elle l'anéantit : il ne peut donc plus être question de ce jugement. L'exécution appartiendra donc sans difficulté à la Cour qui a statué ou au Tribunal qu'elle aura désigné pour en connaître. Un auteur, M. Pigeau (t. I, p. 622), à propos de ce renvoi, s'est demandé si la Cour pouvait renvoyer devant le Tribunal même dont la sentence a été infirmée. La question nous paraît étrange; l'art. 472 dit, en termes fort clairs, que l'exécution appartiendra à la Cour qui a infirmé ou à un autre Tribunal auquel la Cour renverra. Si nous croyons bien comprendre la pensée du législateur, cela signifie que la Cour renverra à un Tribunal autre que celui qui a rendu la sentence infirmée.

Notre auteur trouve les termes de l'art. 472 ambigus, et il en profite pour soutenir que la Cour pourra renvoyer devant les mêmes juges. Cette opinion est évidemment contraire au texte et à l'esprit de la loi. Nous ne connaissons, du reste, personne autre, ni aucune décision qui aient admis ce système. Mais, comme suite à la même question, que faut-il

décider si le Tribunal infirmé est composé de plusieurs Chambres. Si on prend l'art. 472 à la lettre, on peut, en effet, avoir une certaine hésitation : on peut craindre, en outre, que tous les magistrats d'un même Tribunal, ne formant qu'un seul corps, ayant ensemble des rapports journaliers, n'éprouvent une certaine hésitation et ne fussent enclins à favoriser plutôt telle partie que telle autre. Mais, si on consulte l'esprit de la loi, une solution contraire s'impose, ce que la loi a voulu, en effet, c'est que les magistrats qui ont rendu la sentence infirmée, ne concourent pas à son exécution, mais elle n'a pas entendu exclure par là même tous les autres membres du même Tribunal qui n'ont pas pris part à la sentence.

Quant à l'esprit de corps, que l'on semble invoquer, il ne saurait se comprendre que dans une question qui intéresse le Tribunal entier, mais non dans une question d'ordre privé intéressant des tiers, l'indépendance des magistrats est trop évidente pour que de telles suppositions puissent naître. Ainsi, pensons-nous que l'exécution du jugement infirmé pourra être renvoyée devant le même Tribunal, mais composé d'autres juges que ceux qui ont rendu la sentence infirmée (*contra*, Freminville, 1029).

Nous trouvons dans la jurisprudence de la Cour de Rennes un arrêt du 3 août 1891, qui a été l'objet d'un pourvoi rejeté par arrêt du 5 juillet 1892 (G. P., 92-2-341), qui a renvoyé l'exécution de l'arrêt infirmé devant le Tribunal même qui avait rendu la sentence. La Cour, en infirmant un jugement du Tribunal civil de Saint-Malo, qui avait rejeté une demande en divorce, avait, sur la demande en divorce convertie en appel en séparation de corps, prononcé la séparation de corps, et elle avait renvoyé devant ce Tribunal les époux, pour la liquidation de la communauté ayant existé entre eux.

Sans résoudre la question de savoir s'il y a, en matière de dissolution de communauté, une attribution de juridiction, ce que la Cour de cassation, Chambre des requêtes elle-même, a jugé négativement le 25 novembre 1840 (S., 41-1-132 et le 8 février 1853; S., 53-1-425), la Cour suprême a donné un autre motif à sa décision. « Attendu, dit la Cour, que la « question de divorce avait été le seul objet de la demande « formée par la dame D... devant le Tribunal civil de Saint-Malo, qui l'avait rejetée. Que sur l'appel, cette demande « ayant été convertie en séparation de corps, la Cour de « Rennes, en prononçant la séparation par infirmation du « jugement, a pu, sans violer l'art. 472 sus-visé, renvoyer « les parties devant le Tribunal civil de Saint-Malo pour « l'exécution de son arrêt, que cette exécution consistait « uniquement dans la liquidation de la communauté ayant « existé entre les époux, liquidation sur laquelle n'avait pas « eu à statuer le Tribunal. »

La Cour s'est appuyée surtout sur ce moyen que le Tribunal n'avait pas connu de la liquidation de la communauté, et la décision que le Tribunal avait rendue sur le fond ne pouvait en rien faire préjuger son opinion sur une question qui n'était alors pas encore née et qui est une conséquence de l'arrêt. Cette exécution pouvait être renvoyée au Tribunal, et la Cour décide implicitement que c'est une difficulté qui ne rentre pas dans le domaine de l'art. 472. C'est là une application du principe que nous avons posé au début de ce paragraphe, nous sommes heureux de voir que la Chambre des requêtes a fait nettement la distinction entre les conséquences directes de l'arrêt, qui ne peuvent se résoudre qu'en interprétant l'arrêt lui-même et les conséquences indirectes qui font naître des questions étrangères au procès jugé, et qui, comme telles, doivent subir le double degré de juridiction.

Du principe que nous avons rappelé, à savoir que les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements, devons-nous en conclure que la Cour devra forcément connaître de l'exécution de son arrêt, ou se trouve-t-elle dans l'obligation de renvoyer cette exécution au Tribunal qui en eût connu s'il n'y avait pas eu appel. Cette question naît de ce que les motifs qui ont fait passer l'art. 472 dans notre droit n'existent pas dans la cause.

Dans le cas qui nous occupe en effet, dit-on, l'exécution de l'arrêt ne peut être renvoyée, de toute façon, qu'à un Tribunal civil ; nous nous trouvons donc en dehors des cas prévus par l'art. 472, et sa prohibition n'a plus raison d'être. Donc, étant en dehors de l'exception, le droit commun doit reprendre son empire et le Tribunal qui doit connaître de l'exécution doit donc en connaître suivant la règle commune. c'est-à-dire comme s'il n'y avait pas eu appel, la Cour se trouve dans l'obligation de lui renvoyer la connaissance de cette exécution, elle ne peut jamais en retenir les difficultés à sa barre.

Ce système part d'une erreur juridique, ce qui lui fait commettre une autre erreur ; ce système parle, en effet, de l'exécution du jugement, car au fond c'est là où il veut en venir en prescrivant le renvoi obligatoire devant le juge inférieur. Mais il ne s'agit plus d'exécution du jugement, puisqu'il n'existe plus, il ne s'agit que de l'exécution de l'arrêt infirmatif. La Cour est une juridiction de droit commun qui, comme telle, peut connaître de l'exécution de ses arrêts. On ne se trouve pas dans l'hypothèse de l'art. 553, qui désigne le Tribunal civil qui doit connaître des difficultés relatives à l'exécution d'un jugement du Tribunal de commerce, quand ce jugement provient du Tribunal de commerce

lui-même, mais qui ne dit rien, quand il s'agit d'un arrêt rendu en matière commerciale par la Cour.

Le système contraire ne tendrait rien moins qu'à créer une exception à l'art. 472, en dépouillant la Cour de l'exécution de ses arrêts commerciaux, et il étendrait le champ d'application de l'art. 553, en rendant le renvoi obligatoire, exception et extension de compétence qui ne se trouvent inscrites nulle part.

On avait un moment douté du point de savoir si l'art. 472 s'appliquait à l'annulation pour vice de forme. L'arrêt annulant pour vice de forme un jugement, mais le confirmant sur le fond, doit dit-on pour son exécution être renvoyé aux premiers juges. Ici encore la prévention contre les premiers juges n'est pas fondée, aucune décision nouvelle n'étant à exécuter, puisque la sentence des premiers juges revit en entier ; il n'y a donc plus à craindre cet antagonisme qui se produit quand deux juridictions se sont prononcées en sens opposé, il n'y a plus lieu de craindre que le juge inférieur n'altère la sentence du juge supérieur et ne la fasse exécuter dans le sens de sa première décision, puisque l'arrêt infirmatif ordonne les mêmes prescriptions. C'est donc en réalité le même jugement ; en conséquence, l'exécution doit en revenir au Tribunal qui l'a rendu. Nous croyons cependant ne pas devoir nous ranger à cette opinion. L'art. 472 nous paraît conçu en termes trop généraux pour qu'il puisse paraître prêter à une pareille interprétation, et il suffit qu'il y ait infirmation, quelle qu'en soit d'ailleurs la cause, pour que l'art. 472 devienne applicable. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans un arrêt déjà ancien, le 29 janvier 1818. Cet arrêt s'appuie, il est vrai, sur l'art. 473 *in fine* ; mais il n'en résulte pas moins que la Cour admet implicitement que l'on doit s'incliner devant

la généralité des termes de l'art. 472. Les juges du premier degré seront d'ailleurs assez peu satisfaits de voir leur décision annulée, et si l'opinion que nous combattons n'appréhende en rien leur colère, nous estimons cependant que malgré tout ils pourraient manifester un certain ressentiment contre la partie qui a eu recours à un vice de forme pour faire annuler leur décision et pour chercher par là à obtenir une nouvelle décision plus conforme à ses intérêts.

Nous avons jusqu'à présent prévu le cas où l'infirmité du jugement est totale, mais il arrive très souvent aussi que l'infirmité n'est que partielle, qu'elle ne porte que sur certains points, et que le jugement pour le surplus est confirmé. Ceci n'a rien d'anti-juridique si l'on veut bien se reporter au principe que chaque chef du jugement est considéré comme un jugement séparé et qui peut recevoir son exécution indépendamment de l'exécution des autres chefs. L'indivisibilité ne se présume donc pas et c'est ce qu'on exprime en disant : « *Tot capita tot sententiae.* » L'art. 472 n'a pas prévu cette hypothèse, il ne s'occupe en effet que de l'infirmité totale; aussi, les systèmes sont-ils nombreux (il y en a cinq). Nous n'entendons pas entrer dans l'examen de tous ces systèmes, le lecteur les trouvera exposés dans l'ouvrage de M. Crépon (II, n^{os} 3810 et suiv.). Nous nous contenterons de citer l'opinion de quelques auteurs qui ont écrit sur cette question, et par là on verra les principaux arguments invoqués par chaque opinion.

1^o Commençons par M. Carré, un des plus vieux et un des plus remarquables auteurs qui aient écrit sur le Code de procédure civile.

M. Carré n'a pas eu, sur cette question, une opinion bien arrêtée. Dans la première partie de sa question 1697, le savant jurisconsulte part de ce point que l'exécution d'un jugement

est indivisible. et, qu'en conséquence, elle ne peut appartenir qu'à un seul tribunal, à savoir celui qui a rendu la sentence infirmée. L'art. 472 est un texte d'exception qui ne peut recevoir son application que dans le cas qu'il prévoit, c'est-à-dire au cas d'infirmité totale. Cette opinion a été acceptée par les Cours de Turin, le 17 mars 1810, et de Nîmes, le 21 décembre 1816. Puis cet auteur s'empresse d'ajouter, immédiatement après, ce qui semble en contradiction avec son opinion, que la Cour n'est pas absolument incompétente et qu'étant saisie de l'exécution des chefs infirmés, elle peut par là même connaître de l'exécution des chefs confirmés, et il cite, à l'appui de son système, un arrêt conforme, de la Cour de Rennes, du 7 octobre 1815;

2° Pour M. Rivoire (p. 629) c'est le système contraire à la première théorie émise par M. Carré que l'on doit admettre. M. Rivoire combat, à bon droit, l'indivisibilité dans l'exécution, et il y eût-il indivisibilité, car elle peut quelquefois se produire, il donne à la Cour, et à la Cour seule, le droit de connaître de l'exécution tant des chefs réformés que des chefs confirmés. L'auteur s'appuie sur l'art. 472 et sur son esprit. Le législateur, dit-il, a voulu dépouiller le premier juge d'une cause qu'il avait mal jugée, et il a vu quelque danger à lui renvoyer l'exécution d'un jugement qui a réformé son opinion. La raison, ajoute-t-il à la page 630, c'est la défiance que la loi manifeste dans cette circonstance pour le juge dont le jugement a été réformé. Il est à craindre, d'autre part, disait, dans un autre passage, ce même auteur, que le juge de première instance, trop dominé par sa première opinion, blessé de ce qu'elle n'a pas été confirmée, ne cherchât quelque tempéramment, quelques modifications dans l'exécution qui lui serait confiée. Dans le même sens : de Fréminville, n° 1027. Cette opinion a aussi beaucoup de décisions

de jurisprudence et la Cour de Lyon, dans un arrêt récent, du 20 juillet 1887, nous paraît l'avoir admis comme base de sa décision. « Considérant que l'art. 472 du Code de procédure » civile, en édictant que la connaissance de l'exécution d'un » jugement confirmé appartiendrait au Tribunal qui l'a rendue, » et, s'il est infirmé, à la Cour d'appel, ne fait aucune distinc- » tion, ni réserves, pour le cas où l'infirmerait seulement » partielle. De ces termes généraux, il faut donc induire » que, même en ce cas, la connaissance de l'exécution de son » arrêt revient de droit à la Cour, sur tous les chefs du juge- » ment, aussi bien sur ceux qui ont été confirmés que sur » ceux infirmés. »

3° M. Talandier (p. 475) repousse ces deux systèmes, en critiquant un arrêt de la Cour de Bourges du 26 avril 1824, qui avait admis cette dernière opinion, mais en se basant, comme l'avait déjà fait M. Carré, sur l'indivisibilité de l'exécution; suivant lui, on peut très bien demander au Tribunal la connaissance de l'exécution des chefs confirmés, et l'on s'adressait à la Cour pour lui soumettre les difficultés sur les chefs infirmés; et, commentant les deux systèmes expliqués, il ne croit pas que l'on puisse demander à la Cour l'exécution des chefs confirmés. Ce système, qui tend à faire une distinction entre les chefs confirmés et les chefs infirmés, est plus généralement suivi par la Cour de cassation et il a été consacré par un arrêt du 10 juin 1885 (S., 86-1-310).

4° M. Grivelli, dans son commentaire sur Pigeau (t. I, p. 704), s'en rapporte à la sagesse des tribunaux pour ordonner le renvoi ou retenir à la barre la connaissance des difficultés de l'exécution des chefs infirmés et confirmés.

5° Enfin, M. Chauveau (question 1697) concilie ces deux dernières opinions. L'économie de son système est très simple : au cas où l'exécution peut être divisée. Les diffi-

cultés sur les chefs confirmés doivent être portées devant le Tribunal qui a rendu la sentence; on applique ainsi le § 1^{er} de l'art. 472. Quant aux chefs infirmés, l'exécution doit en être réservée à la Cour ou au Tribunal de renvoi; comme cela, on respecte également le § 2 de l'art. 472. Au cas où il y a indivisibilité dans l'exécution, M. Chauveau fait alors apparaître le pouvoir discrétionnaire des tribunaux qui auront la faculté dans ce cas de retenir l'exécution des chefs confirmés et infirmés, ou de renvoyer cette connaissance à un autre tribunal.

Il y a un point certain dans toute cette discussion, c'est que le législateur n'a point prévu le cas qui nous occupe, et le juge, obligé de faire l'office du prêteur romain est dans la nécessité de suppléer au silence du Code. La constante préoccupation qui doit le guider est alors de s'inspirer de la volonté présumée du législateur, de la chercher dans le texte qui prévoit une situation voisine de celle qu'on lui soumet. Tel a été le mode de procéder de MM. Talandier et Chauveau, et aussi de la Cour de cassation. Cette manière de procéder est vraie quand le texte dont on étend l'application est un texte qui ne prévoit pas une matière exceptionnelle. Doit-il en être de même dans notre cas? N'oublions pas, en effet, que l'art. 472 est une dérogation au droit commun, puisque la Cour va pouvoir connaître des difficultés qui n'ont jamais été soumises au Tribunal. Aussi, cette extension de l'art. 472, au cas d'infirmité partielle, cette séparation de l'exécution obligatoire pour le juge, d'après M. Talandier, nous paraît-elle un peu risquée. Le législateur ne s'étant pas prononcé, il faut, croyons-nous, s'en rapporter au juge; c'est à lui de savoir s'inspirer de l'intérêt des parties, de voir si cet intérêt lui commande de retenir l'exécution ou de la renvoyer à d'autres juges. Ce qui nous porte surtout à admettre ce

système, ce sont les difficultés pratiques qui peuvent naître de la division de l'exécution et de la multiplicité des juridictions dans un même procès.

La jurisprudence, elle-même, devait aussi se sentir de l'absence de réglementation; nous connaissons déjà le système admis par la Cour de cassation. Depuis l'arrêt du 10 juillet 1885, dont nous avons parlé plus haut, la Cour de Caen, le 12 juin 1886 admet la division sur les chefs d'exécution; mais, au cas où cette exécution est indivisible, elle semble admettre que c'est à la Cour seule qu'il appartient d'en connaître, tandis que le Tribunal de la Seine a jugé, dans un sens absolument opposé, le 19 novembre 1890 (*Droit*, numéro du 9 décembre suivant) que c'était le Tribunal qui avait pleine compétence. Enfin, pour terminer, citons un arrêt de Toulouse du 12 décembre 1882 (G. P., 83-2-133, 4^e partie), d'après lequel, lorsqu'une Cour a joint deux instances d'appel connexes, engagées sur deux jugements successivement rendus, et que tout en confirmant l'un de ces jugements, elle a réformé l'autre, par un arrêt unique; le premier juge se trouve frappé d'incompétence pour l'exécution de tout. Tout ce qui est relatif à cette exécution doit être porté devant la Cour.

Si souvent le juge s'explique sur le renvoi devant d'autres juges, ou sur son intention de retenir pour lui cette exécution, il peut aussi arriver que sa décision soit muette sur ce point; l'arrêt de Lyon du 20 juillet, cité plus haut, a jugé ce point de la manière suivante : « Que, certainement, la Cour aurait eu le droit de remettre au Tribunal » l'exécution de son arrêt sur les points confirmés: qu'elle » aurait pu, aussi, la confier à un autre Tribunal, mais, » qu'alors, elle aurait dû le dire expressément, et qu'en » gardant le silence à cet égard, elle a entendu retenir la

» connaissance de cette exécution pour elle-même. » Un arrêt de la Cour de Pau, du 21 janvier 1867 (S., 67-2-76), avait admis une théorie diamétralement opposée. En présence de cette divergence que la Cour suprême ne paraît pas avoir tranchée, nous conseillerons de venir par interprétation devant la Cour, afin de lui faire fixer elle-même la compétence; par ce moyen on pourrait éviter des exceptions et, par suite, des frais inutiles.

Toutes ces questions, comme on le voit, seront encore longtemps controversées; il serait à désirer que dans ce siècle, qui nous semble être atteint de la monomanie des réformes, le législateur mît fin, par un texte formel, à toute cette discussion.

L'exécution entre les mêmes parties appartiendra, etc., nous dit l'art. 472. Les mêmes parties signifient, évidemment, les parties en cause, en première instance ou en appel. Mais, quoique les jugements n'ont que des effets relatifs, un tiers peut se trouver intéressé à la solution d'un procès. Nous en donnerons l'exemple suivant : Primus loue à Secundus une maison occupée par Tertius; au moment de la prise de possession des lieux loués, Primus ne délivre pas la chose et laisse Tertius habiter la maison, faisant l'objet de bail, Secundus actionne Primus qui oppose la nullité de bail pour défaut de consentement, par exemple, et Secundus succombe; sur l'appel, la Cour réforme et dit que Secundus devra immédiatement prendre possession des lieux loués; Secundus ne pourra, bien entendu, exécuter son arrêt que contre Primus qui, pour forcer Tertius à quitter les lieux, devra l'assigner devant ses juges; si on appliquait, dans cette hypothèse et autres semblables, l'art. 472, on priverait Tertius de deux degrés de juridiction, puis de ses juges naturels. Mais, M. Talandier y apporte une restriction; l'art. 472 s'applique même au cas où

cette Cour a ordonné quelque chose à faire par un tiers. L'art. 548 du même Code posant, implicitement, en principe, que les jugements, en ce cas, sont exécutoires contre les tiers, comme s'ils y avaient été parties. Il s'en suit qu'il n'est pas nécessaire de les assigner, par voie d'action principale et de suivre à leur égard la règle des deux degrés de juridiction. Cette exception ne peut se concevoir qu'à raison de la qualité de certaines personnes qui ont pour mission d'exécuter les décisions de justice.

La compétence exceptionnelle de l'art. 472 a été, ainsi qu'il est facile de le constater, établie dans le seul intérêt des parties. Il ne touche en rien à l'ordre public, nous en concluons que les parties peuvent y renoncer. Voyons quelles sont les différentes espèces qui peuvent se présenter sur cette question : lorsque le jugement est confirmé, l'exécution n'en peut appartenir à la Cour; il y aurait atteinte portée aux règles fixant les compétences, le consentement des parties ne pouvant avoir, ici, aucune efficacité. Il s'agit, en effet, comme nous l'avons dit déjà, bien moins de l'exécution de l'arrêt que de l'exécution du jugement, et c'est au Tribunal seul qu'il appartient de connaître de cette exécution. Mais, s'il y a eu infirmation, il faut distinguer si l'exécution a été portée à tort devant le Tribunal par l'appelant qui, ayant succombé en première instance, est victorieux devant la Cour, ou si c'est par l'intimé. Dans le premier cas, le défendeur ne soulevra jamais la question d'incompétence, car il n'a aucun intérêt à le faire; il sait que les juges devant lesquels on le traduit, lui sont favorables; il se gardera bien de s'en plaindre; mais, dans le cas contraire, la situation n'est plus la même, l'ajourné a un intérêt considérable à ne pas accepter la compétence du juge dont il connaît les intentions vis-à-vis de lui, et qu'il sait être favorable à son adversaire. Il devra

demander son renvoi *in limine litis*, sinon on pourrait interpréter son silence comme un acquiescement, et il ne pourrait plus exciper, même par appel, de l'incompétence.

En commençant l'étude de ce paragraphe, nous avons parlé des jugements définitifs et nous avons posé, en les étudiant successivement, les diverses règles qui doivent servir à appliquer l'art. 472. Ces règles sont les mêmes, qu'il s'agisse de jugements définitifs ou de jugements d'avant faire droit, car l'art. 472 s'applique également aux jugements interlocutoires. Mais, il est bon de bien préciser notre principe par quelques exemples :

1^{er} EXEMPLE. — Le juge inférieur a jugé le fond du procès sans avoir recours à un interlocutoire, et en appel le juge supérieur ne trouvant pas dans la cause des éléments qui lui permettent d'apprécier le bien fondé des prétentions de l'intimé ordonne une enquête; le juge d'appel ne pourra, en réformant, renvoyer l'enquête et la cause à juger devant un autre Tribunal. Le premier degré de juridiction est épuisé. La Cour doit statuer et à elle seule il appartient de statuer, sans cela la cause subirait un troisième degré par le renvoi ordonné et peut-être un quatrième, car il pourrait y avoir appel sur le fond.

2^e ET 3^e EXEMPLES. — 1^o Supposons une partie demanderesse à une enquête, pour appuyer ses prétentions et faire la preuve de certains faits pour justifier sa demande, il s'agit, si l'on veut, d'une somme supérieure à 150 fr. et l'adversaire s'oppose à l'adjudication des conclusions du demandeur, en soutenant que dans les pièces versées aux débats le commencement de preuve par écrit n'existe pas : il triomphe; 2^o Faisons encore un pas en avant. L'enquête

sollicitée est ordonnée; l'adversaire qui craint cette enquête attaque le jugement pour vice de forme. Appel est formé dans l'un et l'autre cas, et la Cour réforme; dans le premier cas, elle ordonne l'enquête; dans le second, elle annule le jugement et ordonne une nouvelle enquête. Sommes-nous dans l'hypothèse prévue par l'art. 472, et partant la Cour pourra-t-elle renvoyer l'exécution de son arrêt et le fond à juger devant d'autres juges? Oui, incontestablement. Les premiers juges n'ont pu connaître du fond : dans le premier cas, en repoussant la demande d'enquête, ils n'avaient pas à apprécier les prétentions du demandeur et ils ne pouvaient pas les apprécier, puisqu'ils les rejetaient implicitement en repoussant une demande qui lui servait de fondement; dans le second, ils ordonnaient une enquête avant de se prononcer; nous nous trouvons dans les conditions de notre texte; il y a réformation et il y aura lieu à exécuter l'arrêt réformé.

On pourrait peut-être nous objecter que l'on se trouve dans l'hypothèse de l'art. 473, hypothèse assez voisine de la nôtre. Notre réponse est la suivante : Le droit d'évocation n'est pas possible dans notre espèce, car le juge d'appel reconnaît lui-même, en réformant, que l'affaire n'est pas en état. Dans le sens de l'opinion à laquelle nous nous rallions, nous citerons M. Rivoire (p. 626), et un arrêt de la Cour de cassation, du 21 juillet 1887 (D., 87-1-391) : « Attendu que le » jugement de première instance a été réellement infirmé, » que si la Cour, en l'annulant pour vice de forme, a pu, sur » des conclusions régulièrement prises par les intimés en » appel, ordonner une enquête ayant le même but que celle » prescrite à tort par le Tribunal, ce n'est pas le jugement, » mais l'arrêt auquel il s'agit de pourvoir, que dès lors il y » avait lieu à l'application de l'art. 472 du Code de procédure » civile, » etc., et la Cour a maintenu cette jurisprudence

par un nouvel arrêt du 26 mai 1888 (S., 88-4-297). Le renvoi doit avoir lieu devant d'autres juges, conformément à ce que nous avons dit plus haut. La doctrine n'est cependant point unanime sur ce point et, notamment, M. Chauveau (question 1696 *bis*) n'admet pas l'application de l'art. 472. D'après cet auteur, les inconvénients qu'a voulu empêcher le législateur ne sont pas à craindre, lorsque le Tribunal a statué sur un incident, et les juges d'appel peuvent renvoyer, sans difficulté, devant les mêmes juges la nouvelle mesure d'instruction.

Pour nous, nous pensons que la généralité des termes dans laquelle est conçu l'art. 472, ne permet pas une pareille exception. Cet article ne distingue nullement entre les jugements d'avant faire droit et les jugements définitifs. Il ne serait peut-être pas non plus convenable de renvoyer la partie qui a fait annuler un jugement devant le juge qui l'a rendu, et, quoi qu'en dise M. Chauveau, les inconvénients prévus par le législateur pourraient se rencontrer, tout aussi bien au cas du jugement d'avant faire droit qu'au cas du jugement définitif.

L'exécution consiste dans nos deux derniers exemples en un simple moyen d'instruction; nous en concluons de suite que s'il s'agit d'un jugement d'un Tribunal de commerce, la Cour, si elle ordonne le renvoi, devra désigner un autre Tribunal de commerce; les tribunaux d'exception, comme nous le savons, peuvent connaître de l'exécution de cette catégorie de jugements qui nous occupe (Cass., 6 juillet 1863, S., 63-1-442).

M. Talandier (n° 394, § 2, p. 471) examine le cas où la Cour infirme un jugement préparatoire, accordant un sursis, par exemple, et il enseigne que la Cour peut renvoyer devant le même Tribunal, pour le jugement du fond,

alors surtout qu'elle ordonne que le Tribunal sera composé d'autres juges.

L'art. 472 trouvera-t-il souvent des applications de la théorie de M. Talandier; nous ne le croyons pas. L'appel d'un jugement préparatoire ne peut avoir lieu qu'au moment même où on appelle du jugement définitif. C'est surtout cette dernière décision qui cause grief, c'est celle que l'on vise plus spécialement. C'est donc de son exécution qu'il s'agira, plutôt que de l'exécution du jugement préparatoire qui sera consommée depuis longtemps.

§ 4. — *Attributions spéciales de juridiction.*

L'art. 472 apporte aux principes que nous connaissons, dans sa partie finale, des exceptions dont nous ne dirons que quelques mots. « Sauf les cas de la demande en nullité d'emprisonnement, en expropriation forcée, et autres dans lesquels la loi attribue juridiction. »

La contrainte par corps ayant été abolie par la loi du 22 juillet 1867, nous n'avons rien à dire sur cette première exception. Quant à l'expropriation forcée, la compétence du Tribunal devant lequel doit se dérouler toute la procédure, est déterminée par l'art. 2210 du Code civil. Ce texte se passe également de tout commentaire. Mais, l'article ajoute : et autres (cas) dans lesquels la loi attribue juridiction. Il nous faut passer successivement ces divers cas en revue.

Nous commençons par les articles du Code de procédure civile :

1° *Art. 528. — Reddition de compte.* — Au cas où il y aura appel d'un jugement qui aurait rejeté une demande en reddition de compte, l'arrêt infirmatif doit renvoyer la reddition de compte et le jugement au Tribunal où la demande

avait été formée ou à tout autre Tribunal que la Cour indiquera. La Cour ne peut donc, comme on le voit par ces quelques mots qui sont presque la copie littérale de l'art. 528, retenir, dans le cas où elle ordonne une reddition de compte, l'exécution de son arrêt. Cela s'explique facilement, et ce motif s'appliquera aux divers cas qui vont suivre : du moment que la loi a fixé un Tribunal qui doit connaître de telle affaire, il n'y a pas de distinction à faire, soit qu'il y ait confirmation ou infirmation, l'art. 472 n'est plus, en un mot, applicable, le renvoi est obligatoire et doit être prononcé à peine de nullité. Cela a, notamment, été jugé pour le cas qui nous occupe (Cass., 9 avril 1889; S., 89-1-224). La Cour suprême décide, dans cette espèce, que la Cour qui infirme un arrêt ne peut, par exemple, retenir le fond et nommer des experts qui examineront les comptes, dresseront leur rapport et le déposeront au greffe de la Cour, pour être, ensuite, par elle statué ce qu'il appartiendra. En second lieu, la reddition de compte peut donner lieu à des questions multiples qui peuvent former à elles seules une instance nouvelle, à laquelle le législateur devait faire application du droit commun, c'est-à-dire la soumettre au double degré de juridiction.

2° *Art. 567.* — En matière de saisie-arrêt la demande en mainlevée ou en validité de cette saisie doit être portée devant le Tribunal du domicile du saisi. Nous avons déjà eu, par avance, l'occasion de nous expliquer sur ce point, nous renvoyons le lecteur à l'endroit où nous traitons la question qui consiste à se demander quelle espèce d'exécution comprend l'art. 472.

3° *Art. 606-608.* — Même attribution de juridiction pour les demandes en décharge, formées par le gardien de meubles

saisis, ou pour connaître des oppositions provenant de la part d'un tiers qui se prétend propriétaire des meubles à la vente desquels on va procéder.

4° Le titre X du Code de procédure assimile sur beaucoup de points la saisie de ventes constituées sur particuliers à la saisie immobilière, nous n'avons rien de particulier à ajouter sur ce cas.

5° *Art. 831. — Demande en validité de saisie-revendication.* — La compétence appartient au Tribunal du domicile de celui sur lequel elle a été faite.

6° *Art. 954, 970, 987, 1001, art. 927 du Code civil.* — Pour les ventes et locations, assimilation à l'expropriation forcée. Distribution et ordre, art. 670 et 767.

Article du Code civil, 822. En matière de partage l'exécution doit appartenir non à la Cour mais au Tribunal de l'ouverture de la succession. Cependant la question est controversée et, contrairement à une jurisprudence déjà ancienne il est vrai, un arrêt de la Cour de Toulouse, du 31 décembre 1883, admet que l'art. 472 est applicable en cette matière. Nous croyons devoir reproduire le motif de cette décision : « Considérant que les art. 822 et 59 du Code » civil, ne dérogent pas à la règle fondamentale de l'art. 472 » et qu'en matière de partage, le Tribunal de l'ouverture de » la succession n'a pas une juridiction exclusive et que l'arrêt » infirmatif pourrait et devrait renvoyer devant un Tribunal » autre que celui dont le jugement est infirmé. » Cet arrêt reconnaît qu'aucune des questions du partage à faire n'a été ni jugée, ni préjugée, et que pour cette œuvre il renvoie devant le Tribunal déjà saisi de l'affaire ¹.

1. Un arrêt de la Cour de Paris du 26 décembre 1894; G. P., 95-1-195, admet cette dernière opinion. Les dispositions de l'art. 59 du Code de pro-

Enfin, en matière de faillite, l'art. 635 du Code de commerce, en renvoyant aux diverses dispositions de la faillite, attribue compétence, pour tout ce qui concerne la faillite, aux tribunaux de commerce, c'est-à-dire au juge du domicile du failli. Il en est de même pour la liquidation judiciaire, si, donc, un jugement a refusé de prononcer la faillite et que sur appel elle soit prononcée, l'exécution qui suivra et qui aura pour conséquence la mise en mouvement des diverses opérations de la faillite devra être renvoyée devant le Tribunal dont la décision avait été infirmée.

cédure civile ont pour objet de déterminer quel Tribunal est compétent pour procéder en première instance mais n'attribue nullement juridiction à ce même Tribunal après un arrêt infirmatif rendu sur une demande en partage.

CHAPITRE V

Honoraires des avoués près les Cours d'appel.

L'art. 60 du Code de procédure est ainsi conçu : « Les » demandes formées pour frais par les officiers ministériels » seront portées au Tribunal où les frais ont été faits. »

Cet article a été inspiré par la double considération suivante :

1° L'intérêt de l'officier ministériel ;

2° L'intérêt des parties.

1° *L'intérêt de l'officier ministériel.* — Les avoués, pour ne parler que de ceux-là, ont un ministère forcé, obligatoire, qui ne leur permet pas de faire des absences fréquentes et longues. Les obliger à poursuivre leurs débiteurs devant les divers tribunaux compétents, ce serait les détourner continuellement de leurs fonctions, ce serait entraver la marche de la justice ;

2° *L'intérêt des parties.* — Les frais étant l'accessoire de la condamnation, le Tribunal et la Cour devant qui ils ont été faits seront mieux à même d'apprécier leur légitimité, d'en fixer le quantum. La Cour exerce une surveillance sur les avoués qui postulent près d'elle, les parties trouveront là une garantie sérieuse pour leurs intérêts et pour la répression des abus qui pourraient se commettre. Ces deux considérations suffisent grandement à défendre l'exception apportée au droit commun par notre texte : exception qui est double en ce qui concerne les avoués d'appel :

1° Exception à la règle que le demandeur doit assigner le défendeur devant le Tribunal du domicile de ce dernier : « *Actor sequitur forum rei* » ;

2° Exception au double degré de juridiction, en ce que les demandes de frais qui pourraient être supérieures à 1,500 fr. seront toujours jugées en dernier ressort. S'il pouvait, en effet, arriver que des tribunaux de première instance pussent connaître des frais exposés devant la Cour, c'eût été leur permettre de s'immiscer dans les litiges jugés par les juges supérieurs. L'art. 60 n'est pas, d'ailleurs, une innovation de notre droit. Nous en trouvons un précédent dans l'art. 14 de la loi du 20 mars 1791, qui supprimait alors les offices d'avoués. « Tous les officiers ministériels supprimés sont autorisés à poursuivre leurs recouvrements en quelque lieu que les parties soient domiciliées, par devant le Tribunal de district dans le ressort duquel était établi l'ancien Tribunal où ces officiers exerçaient leurs fonctions. » C'était une faveur qu'on leur accordait. Il paraît que sous l'ancienne monarchie on suivait déjà ces errements (Circ. min. just. 13 messidor an IX). Les trois paragraphes suivants feront l'objet de notre étude : 1° Quels frais comporte la compétence exceptionnelle de l'art. 60 ? 2° Qui peut invoquer cet article ? 3° Caractères de la compétence exceptionnelle de l'art. 60.

§ 1^{er}. — *Compétence exceptionnelle de l'art. 60.*

« Les demandes formées pour frais, par les officiers ministériels ». Nous n'avons à nous occuper ici que des avoués d'appel. Les Cours ont bien aussi des huissiers chargés du service des audiences, et des notifications qui se font entre avoués, mais ces huissiers n'en sont pas moins sous la surveillance des tribunaux près desquels ils sont immatriculés.

C'est donc à ces tribunaux que doivent être portées les demandes en paiement de frais même relatifs à une procédure d'appel (*contra*, Ravenel, p. 64).

« Frais faits par les officiers ministériels ». Expressions restrictives, car, ne l'oublions pas, nous étudions une exception au droit commun.

Par le mot « frais » il faut donc comprendre seulement les déboursés comprenant frais de timbre, d'enregistrement, avances de greffe, paiement des frais des huissiers, enfin les honoraires alloués par le tarif; en un mot, tous les frais qui rentrent dans la mission de l'avoué qui sont taxables et liquidables par la Cour. Il ne faut pas étendre au delà les termes de notre article qui doivent s'entendre *stricto sensu*.

Cependant les avoués sont souvent amenés à faire d'autres dépenses dans certaines affaires, il y a lieu à impression de mémoires, à levé de plans. Comment vont se régler ces frais? En nous plaçant au point de vue juridique de la question, il faut considérer l'avoué, ayant agi comme simple mandataire, dans l'intérêt de son mandant, et à cet égard le droit commun doit reprendre son empire, l'avoué doit scinder son état de frais, demander devant la Cour tout ce que le tarif l'autorise à réclamer, puis, par une demande distincte formée devant le Tribunal du domicile de son mandant, obtenir paiement de ses autres déboursés. Mais, hâtons-nous de dire que dans la pratique il n'en est pas ainsi et que l'équité, l'intérêt des justiciables nous forcent à étendre un peu la compétence exceptionnelle de l'art. 60, et que penser autrement ce serait faire renaître les divers inconvénients que ce texte a eu pour but d'éviter. Et des diverses décisions que la jurisprudence a eu à enregistrer, on peut en déduire les deux règles suivantes, quant à son application :

1^{re} Règle. — Il faut que les frais réclamés en sus de ceux alloués par le tarif présentent avec ces derniers une connexité telle, qu'il est impossible de taxer et de liquider les uns, sans statuer sur les autres (Cass., 10 août 1831; S., 32-1-374). Mais si les frais avancés par un avoué ne se rattachent à aucune instance, l'avoué est un mandataire salarié ordinaire, il n'agit plus en vertu de son caractère d'officier ministériel, il fait ce que toute autre personne pourrait faire, et la règle de l'art. 59 du Code de procédure civile et les principes qui régissent la compétence et le taux du ressort reçoivent ici leur application (Cass., 19 novembre 1884; S., 86-1-215).

2^e Règle, qui n'est que la conséquence de la première. — Les deux demandes doivent avoir lieu en même temps, si les avoués ont d'abord demandé le remboursement de leurs frais puis ensuite réclament des frais supplémentaires, cette dernière demande n'est plus l'accessoire de la première; elle forme désormais une demande séparée, une instance nouvelle qui doit comme telle être portée devant le Tribunal compétent. L'avoué ne serait pas du reste fondé à se plaindre de sa négligence (Paris, 24 août 1869, sous Cass., 1^{er} février 1870; S., 70-1-152).

Veut-on quelques applications de ces deux règles :

Il a été jugé que l'art. 60 était inapplicable à un avoué qui réclamait à un huissier le remboursement de frais dont il était chargé d'opérer le recouvrement (Bordeaux, 19 février 1839; S., 39-2-332). L'avoué, dans cette circonstance, avait chargé un huissier de faire rentrer certaines sommes qui lui étaient dues. Le mandant aurait pu choisir toute autre personne, il n'y a là que le contrat de mandat ordinaire et aucune raison n'existe pour appliquer l'art. 60.

Un avoué, il s'agissait d'un avoué d'appel qui avait eu pour cliente une femme dotale, poursuivait contre elle le

remboursement de ses frais, et, pour exécuter la condamnation, par le même exploit, il demanda à la Cour l'autorisation de poursuivre sur les biens dotaux; la Cour de Grenoble, le 10 mai 1853, donna cette autorisation et décida qu'il n'était pas nécessaire à l'avoué, pour obtenir cette autorisation, d'agir par voie principale. « La Cour, dit « l'arrêt, compétente pour connaître de l'acte en paiement « des honoraires, peut fixer le mode de paiement de « ces honoraires et désigner les biens sur lesquels ce « paiement se fera, il y a là une conséquence de l'action « principale, décider autrement serait inutilement multiplier « les actions et les frais. » Cet arrêt ne nous semble pas à l'abri de toute critique, car, autre chose est d'obtenir condamnation, autre chose est de procurer l'exécution de cette condamnation. Il y a deux demandes absolument indépendantes dont l'une n'éveille pas nécessairement l'autre. Cette dernière demande devait, en conséquence, selon nous, être soumise au double degré de juridiction (S., 53-2-287).

§ 2. — *Qui peut invoquer l'art. 60?*

Nous étudierons les deux questions suivantes :

1° Par qui peut être invoqué l'art. 60, et 2° contre qui?

1^{re} QUESTION. — Par qui peut être invoqué l'art. 60?

1° Par l'avoué lui-même; aucune difficulté sur ce point;

2° Par les héritiers de l'avoué. Cet article a été édicté, moins en raison de la qualité de la personne qu'à cause de la nature de la créance. Les motifs qui militent en faveur de ce texte n'en existent pas moins, quelles que soient les parties en cause,

3° Par l'avoué lui-même, alors qu'il n'exerce plus, pour les créances qui lui restent à recouvrer (Paris, 5 mai 1865; S., 65-2-196);

4° Par le successeur de l'avoué auquel ce dernier a cédé ses créances (Cass., 3 juillet 1844; S., 44-1-502).

Mais la partie qui poursuit directement contre son adversaire le paiement des frais qu'elle a dû payer à son avoué ne peut invoquer cet article. L'un des éléments qui concourent à l'application de cet article n'existe plus : nous voulons parler de la qualité d'avoué. Ce dernier n'étant pas mis en cause, le droit de surveillance des Cours d'appel n'a plus raison d'être, et par conséquent la dérogation au droit commun disparaît. Du reste, l'article ne parle que des demandes formées par les officiers ministériels et non formées par les parties (Trib. civ., Seine, 9 janvier 1883; G. P., 83-2-233, 2 p.). Mais il en serait autrement si la partie agissait comme subrogée aux droits de son avoué, car, dans ce cas, elle agit du chef de ce dernier et l'on rentre ainsi dans le domaine de l'art. 60 (Trib. civ. de Pau, 11 janvier 1861; S., 61-2-556).

Enfin, il peut arriver que l'avoué ait obtenu d'un client qui ne peut le payer, soit un billet à ordre, soit une reconnaissance établissant d'une manière définitive le montant de la créance. La compétence exceptionnelle de l'art. 60 sera-t-elle encore applicable? On a soutenu la négative et l'on a présenté l'officier ministériel comme n'ayant plus qu'une simple créance, dont le recouvrement doit être porté devant le Tribunal du domicile du débiteur. Décider autrement, ce serait, ajoute-t-on, créer pour les officiers ministériels un privilège exorbitant contraire aux principes de notre droit et qui n'est certes pas dans l'intention de la loi (Delaporte, I, p. 63).

Quoique cette situation nous paraisse peu favorable pour l'avoué qui doit, par la nature même de ses fonctions, avoir le plus grand égard pour ses clients, et qui doit, dans un but humanitaire, ne pas les traiter d'une manière trop rigou-

reuse; nous pensons cependant que les inconvénients qui résulteraient de cette façon de procéder seraient aussi funestes que possible, car l'avoué, sachant que, s'il accepte un titre de son client, sa créance va changer de nature, qu'il va être obligé d'aller devant un Tribunal étranger, ne voudra jamais faire droit à la demande de ce dernier; il le poursuivra devant la Cour, soit immédiatement, soit en temps convenable pour éviter la prescription biennale. Ce serait arriver à un résultat tout autre que celui que l'on se proposerait. D'ailleurs, l'art. 60 ne fait point la distinction qui s'imposerait si l'on devait admettre le système opposé. Il parle d'une demande en paiement de frais, sans s'inquiéter si cette demande est ou non arrêtée définitivement entre les parties. Ce serait donc peut-être aller un peu loin, ajouter au texte de la loi que de soutenir une pareille distinction (Chauveau, question 278). Nous ajouterons que la créance de l'avoué, fût-elle reconnue par la partie, rien n'empêchera cette dernière de tenir l'acte constatant, cette reconnaissance comme nul et non avenü; elle pourra demander la taxe et sur cette taxe elle ne pourra être assignée que devant la Cour.

2^e QUESTION. — Contre qui peut être invoqué cet article?

L'art. 60 peut être invoqué contre l'avoué auquel on demande une restitution de frais qu'il aurait indûment perçus. Cette demande aura lieu, la plupart du temps à la suite d'une taxe obtenue par le client après paiement des frais, ce qui lui est permis, puisque la taxe est d'ordre public, il est tout naturel que si la Cour peut connaître de la demande en paiement, elle pourra aussi connaître de la demande en restitution qui soulève les mêmes questions (Trib. civ., Seine, 7 octobre 1893; G. P., 93-2-441).

Mais l'art. 60 ne serait pas applicable, quant aux frais qui seraient réclamés à l'avoué par un imprimeur pour impression de mémoire ou par un architecte pour levé de plans; l'avoué a agi dans l'intérêt de son client, non comme officier ministériel, mais comme simple mandataire.

Il est dans les usages du Palais que souvent l'avoué paye l'avocat qui a plaidé la cause. L'avoué a-t-il une action contre son client et quelle est la juridiction compétente? En second lieu l'avocat a-t-il une action contre l'avoué?

Dans les rapports du client et de l'avoué, la question, quoique nous paraissant ne pas devoir faire difficulté, a donné cependant lieu à une controverse dont les moyens invoqués par chaque système présentent un caractère assez sérieux et se résument ainsi : l'avoué n'a pas d'action, a-t-on dit, parce l'avocat n'en a pas lui-même, il ne saurait avoir plus de droits que celui dont il les tient; autrement ce serait permettre indirectement ce que la loi défend directement. Mais il nous est facile de répondre à cet argument. L'avoué qui a payé l'avocat, l'a payé au nom de son client; ceci est incontestable, on ne peut songer à lui donner d'action en répétition contre ce dernier qui lui répondrait : « *Meum recepi.* » Alors pourquoi lui enlever l'action contre son client? Les usages, qui se perpétuent entre les divers barreaux d'avocats et consistant à ne pas réclamer d'honoraires aux clients, ne sont pas opposables aux avoués qui, payant l'avocat, agissent dans l'exercice de leurs fonctions, car il est du devoir des avoués de veiller à ce que les avocats reçoivent leurs honoraires : l'avoué a pu croire que son client lui rembourserait les avances qu'il fait, aussi, lui donnerons-nous une action en paiement contre son client.

La jurisprudence a quelques décisions en notre faveur (Montpellier, 7 juin 1850; S., 50-2-445). Cette action en

restitution a été contestée par la Cour d'Orléans. L'avoué, dit cette Cour, n'a pas dans ses fonctions de payer les honoraires d'un avocat, il lui faut, en ce cas, un mandat spécial et la justification ne peut en être faite sans que cette demande ait subi le premier degré de juridiction (Orléans, 16 février 1843 : S., 44-2-498).

Mais l'avocat a-t-il une action contre l'avoué ? Il n'a pas d'action contre le client, ce qui nous semble très discutable, car il vit de sa profession d'avocat comme l'avoué vit du produit de son étude, comme le médecin vit des honoraires de sa clientèle. En aura-t-il une contre l'avoué ? Oui, a dit le Tribunal de Castelnaudary, le 2 juillet 1852. Lorsque c'est l'avoué qui se présente lui-même dans le cabinet de l'avocat, quand c'est lui qui lui donne les instructions nécessaires, l'avocat reçoit directement les pouvoirs de l'avoué ; c'est ce dernier qui est son véritable mandant. L'avoué est un véritable « *negotiorum gestor* » qui, comme tel, peut s'obliger personnellement. Si cette théorie devait être admise, les rapports entre avocats et avoués deviendraient impossibles et les intérêts des parties pourraient se trouver compromis. Combien serait lourde la responsabilité de l'avoué qui, par suite de l'accomplissement d'un acte rentrant dans son ministère, se verrait continuellement poursuivi de ce fait : et puisque toute action est refusée à l'avocat contre le client, pourquoi en permettre une contre l'avoué qui n'est, en réalité, que le représentant des clients. Les avocats n'ont donc pas d'action contre l'avoué. Si, cependant, ce dernier, d'après une habitude constante, a toujours payé dans chaque affaire les honoraires des avocats, et ce d'une façon régulière, si c'est en quelque sorte l'avoué qui dispose de l'affaire, qui agit pour ainsi dire, en son propre nom, on peut y trouver là un quasi contrat autorisant l'avocat à réclamer ses honoraires

à l'avoué (Nîmes, 2 décembre 1868; S., 69-2-304). Il va sans dire que si l'avocat avait avancé des frais au nom de l'avoué, il aurait contre celui-ci une action « *mandati contraria* » pour en obtenir le remboursement, et ce, suivant le droit commun (Oran, 11 mars 1889; G. P., 89-2, sup. 28).

Les avoués envoient fréquemment des actes aux huissiers pour faire les significations nécessaires, il est évident que l'avoué a une action contre son client pour le remboursement de ces frais et qu'il jouit de la compétence exceptionnelle de l'art. 60, ces frais rentrent dans ceux qui pourront être taxés par la Cour, donc pas de difficultés à ce sujet. Il n'en est pas moins évident que l'huissier a une action contre l'avoué; mais quelle sera la juridiction compétente pour connaître de cette dernière action. Cette question ne rentre pas dans notre programme puisque dans aucun cas la Cour ne pourra connaître d'une telle demande; nous nous contenterons de donner notre appréciation à son sujet, l'huissier pourra assigner l'avoué qui lui a envoyé des actes à signifier devant le Tribunal auprès duquel il est immatriculé, il ne connaît que l'avoué qui est son véritable mandant, alors que cependant, il instrumente à la requête du client de l'avoué.

§ 3. — *Caractères de l'art. 60.*

Par les explications qui précèdent, par les motifs qui ont dicté l'art. 60, il nous est facile de dire que cet article est d'ordre public et il nous semble inutile d'insister sur cette proposition si ce n'est pour en déduire les conséquences suivantes :

1° La partie assignée devant une Cour, autre que celle devant laquelle les frais ont été faits, peut opposer une exception d'incompétence ;

2° Cette incompétence peut être invoquée même pour la première fois devant la Cour de cassation ;

3° Elle peut être soulevée d'office par la Cour elle-même en l'absence de conclusions formelles des parties sur ce point (Trib. civ., Seine, 1^{er} octobre 1869 ; S., 70-2-333 ; Lyon, 20 juin 1890) ;

4° Elle peut être invoquée par toutes les parties en cause aussi bien par le demandeur que par le défendeur.

Cependant, un arrêt de la Cour de Grenoble du 24 décembre 1868 (S., 69-2-116), admet que cette compétence n'est pas d'ordre public et il en conclut que l'exception d'incompétence peut être couverte par le consentement du défendeur.

CHAPITRE VI

Du Désaveu.

Le mandat *ad litem* diffère du mandat ordinaire ou mandat *ad negotia*, en ce que tous les actes faits par l'officier ministériel sont considérés comme ayant été accomplis avec l'aveu de la partie; ces actes sont, par suite, obligatoires pour le mandant alors même qu'ils ne rentreraient pas dans le mandat général dont ils sont investis par la nature même de leurs fonctions.

Le mandant, ou mieux le client de l'avoué, ne peut donc, comme le ferait un mandant ordinaire, pour éviter l'exécution de l'acte, prétendre que l'avoué a agi en dehors des pouvoirs qui lui avaient été conférés, comme peut le faire un mandant ordinaire auquel il suffit de prouver que l'acte ne rentre pas dans les limites du mandat, pour que cet acte soit déclaré nul ou inexistant. Nous trouvons la cause de cette différence dans le caractère public que revêt l'officier ministériel, dans les garanties morales et pécuniaires qu'il est dans l'obligation de fournir; enfin, dans la responsabilité qu'il encourt. Pour toutes ces raisons, nous devons présumer que l'officier ministériel agira toujours dans les limites que lui trace ses fonctions et que ce n'est qu'avec la plus grande prudence qu'il accomplira un acte qui l'exposerait aux poursuites d'un client. Dans le cas du mandat ordinaire, le mandant est défendeur, et lorsqu'on lui oppose un acte, il répond en invoquant la nullité ou l'inexistence tirée du défaut de mandat, il n'a été aucunement repré-

senté : « *Diligenter fines mandati custodiendi sunt nam qui excessit aliud quid facere debetur.* » Le 5 pr. *Mandati, D.*, XVII-1, au contraire, le mandant *ad litem* doit se porter demandeur pour attaquer l'acte qu'il veut faire annuler, et, comme tel, il en assume toutes les charges ; il est obligé de recourir à une procédure spéciale appelée procédure de désaveu. Le désaveu est donc une déclaration par laquelle une personne refuse de reconnaître un acte passé par son avoué. Tous les actes ne sont pas sujets à désaveu. Certains rentrent, comme nous le disions, dans le mandat général *ad litem* : ces actes, l'avoué peut les faire sans le consentement de son client. Mais il en est d'autres qui ne peuvent être accomplis qu'avec le consentement et même l'assistance du client ; l'art. 352 en donne une énumération incomplète, mais qui montre bien quels actes sont sujets à désaveu. Ce sont les offres, les aveux ou reconnaissances. Tous actes qui peuvent rentrer dans ces catégories sont donc soumis au désaveu. L'art. 352 n'est pas limitatif, c'est un texte simplement énonciatif, on doit y voir la pensée du législateur. Ainsi, le désistement qui n'est pas compris dans l'art. 352 est soumis au désaveu. Ce qui doit nous retenir quelques instants, c'est une simple question de compétence. Trois textes au titre du désaveu s'occupent de la compétence, les art. 354, 356, 358. Ils prévoient chacun une hypothèse différente, mais pour les comprendre, ils supposent connue une division du désaveu, en désaveu principal et désaveu incident. Le désaveu est principal lorsqu'il se produit en dehors de toute instance, soit que l'acte désavoué fasse partie d'une procédure terminée ; c'est l'hypothèse dont s'occupe l'art. 356, soit qu'il s'attaque à un acte isolé ; c'est l'application de l'art. 358. Il est incident quand il naît au cours d'une instance.

Le désaveu principal dont parle l'art. 358, c'est-à-dire

concernant un acte sur lequel il n'y a pas instance, un acte extra-judiciaire tel que l'acceptation d'offres, faites par un huissier sans le consentement de son client, est porté au tribunal de droit commun, art. 358. Mais, le désaveu qui surgit au cours d'une instance encore pendante ou concernant une procédure terminée est toujours porté au Tribunal devant lequel la procédure attaquée aura été suivie.

Les questions de désaveu ne donnent guère lieu à de sérieuses difficultés, et, pour terminer, examinons quelques cas où la compétence de la Cour est mise en jeu :

1° Il est sans difficulté que si un désaveu est relatif à une procédure d'appel, que cette procédure soit encore en cours ou qu'elle soit terminée, c'est la Cour qui sera compétente, l'art. 356 se comprend facilement ; la Cour est mieux à même d'apprécier le bien ou le mal fondé du désaveu.

2° Si l'action en désaveu contre un avoué de première instance se produit en appel, la Cour devra alors tarder à statuer jusqu'à ce que le désaveu soit vidé ; il y a là une question préjudicielle, pour laquelle la Cour devra assigner un délai dans lequel le désavouant devra la faire juger, art. 357.

3° Mais la difficulté devient plus sérieuse quand le désaveu de l'avoué de première instance a lieu après un arrêt infirmatif ; où doit-il être porté ? Doit-on saisir le Tribunal qui a connu de la procédure aujourd'hui infirmée ? ou bien doit-on s'adresser à la Cour ? La question nous semble fort délicate et, pour montrer les objections que l'on peut nous opposer, nous citerons M. Pigeau, I, p. 625. Si le jugement a été infirmé, le désaveu doit être porté devant la Cour d'appel par la raison que si le Tribunal de première instance en était saisi, il pourrait arriver qu'il annulât la décision d'un Tribunal supérieur et le savant rédacteur du Code de procédure continue en invoquant l'art. 475, § 2, qui exige que lorsque

l'on attaque un jugement frappé d'appel c'est devant la Cour que l'on doit porter la tierce opposition.

Nous pensons cependant qu'en présence des termes de l'art. 356, il ne peut y avoir d'hésitation possible. Cet article est trop formel pour que l'on puisse avoir des doutes à son égard; il prévoit le désaveu qui se produit à l'occasion d'un acte qui fait ou a fait partie d'une instance; il faut donc s'adresser forcément au Tribunal que la loi désigne et remarquons en outre que l'argument, tiré de ce que le Tribunal va pouvoir, en admettant le désaveu, contrôler, annuler une décision d'un Tribunal supérieur n'est qu'apparent : que fera le Tribunal? Il examinera simplement si l'avoué avait les pouvoirs suffisants pour faire l'acte désavoué, mais il ne contrôlera en rien l'arrêt infirmatif.

Il est vrai que, par une conséquence forcée, par une sorte de choc en retour, l'arrêt sera annulé, mais, comme le fait remarquer M. Chauveau, quest. 1310, le même fait se produit quand une pièce est tenue pour sincère et véritable par un arrêt, et postérieurement pour fausse par un jugement qui statue sur une demande d'inscription de faux; l'arrêt est indirectement annulé par le jugement.

Ce qu'il importe bien, en effet, de remarquer, et ce que M. Pigeau paraît avoir confondu, c'est que le juge inférieur n'examine en rien le point jugé par le Tribunal supérieur; il ne touche nullement à l'arrêt, tandis que dans la tierce opposition, la nullité porte sur l'arrêt lui-même.

4° Enfin, un dernier exemple pour finir :

Un client désavoue un huissier qui a notifié en son nom un acte d'appel. La procédure de désaveu devra être portée devant la Cour, car il s'agit là d'un acte relatif à une instance qui tombe sous l'empire de l'art. 356.

CHAPITRE VII

Du Règlement de Juges.

On appelle règlement de juges la décision d'un tribunal supérieur qui a pour but de déterminer lequel de deux ou de plusieurs tribunaux inférieurs, sur lesquels il étend sa juridiction, doit connaître d'un litige dont tous se trouvent simultanément saisis. Le fait qu'un même débat a été porté à la fois devant plusieurs tribunaux amène entre les diverses autorités judiciaires un trouble, une incertitude qui prennent le nom de conflit. Ce conflit doit être évité, tant au point de vue des intérêts privés des parties qu'au point de vue de l'ordre public, de la dignité et de la bonne administration de la justice. Ne serait-il pas manifestement injuste, en effet, d'exposer une partie à plaider devant plusieurs tribunaux une seule et même affaire, d'exposer des frais considérables dont l'inutilité est plus qu'évidente. Quant à la dignité et la bonne administration de la justice, elles pourraient se trouver compromises par la possibilité de plusieurs décisions contradictoires dans la même affaire.

Dans l'ancien droit, on comprendra facilement que la procédure en règlement de juges était fréquemment mise en pratique quand on se rappellera que les juridictions étaient nombreuses, leurs pouvoirs mal définis; aussi, trouve-t-on sa réglementation dans l'ordonnance d'août 1737. Mais la loi du 24 août 1790, en organisant la nouvelle administration judiciaire, a rendu moins fréquents, sinon très rares les cas où

il y a lieu à régler de juridiction. Cela ne veut pas dire qu'il ne se présente pas encore aujourd'hui des espèces pour lesquelles l'on doit suivre cette procédure, et la prévoyance du législateur lui commandait de la réglementer.

Les difficultés qui peuvent surgir s'appellent, comme nous l'avons dit, des conflits. Ces derniers se distinguent tout d'abord en conflits d'attributions : ce sont les conflits qui s'élèvent entre deux juridictions d'ordres différents, telles qu'entre les tribunaux administratifs et les tribunaux ordinaires. De ces conflits qui sont réglés par une juridiction spéciale, le Tribunal des conflits, nous n'avons rien à dire. Le conflit de juridiction est, au contraire, celui qui se produit entre deux tribunaux de même ordre, tels que deux justices de paix, deux tribunaux civils, etc. C'est de cette sorte de conflit que nous allons avoir à nous occuper dans ce chapitre.

Le conflit de juridiction est lui-même de deux natures : il est positif quand plusieurs juridictions retiennent la cause pour la juger ; il est négatif quand le justiciable se voit refuser par tous les juges auxquels il s'est adressé, le droit d'obtenir justice.

Le Code ne s'est occupé que du conflit positif de juridiction ; nous suivrons cette marche, et, en terminant, nous dirons quelques mots du conflit négatif.

SECTION PREMIÈRE

Du conflit positif.

Nous étudierons, sur le conflit positif, les paragraphes suivants : 1^o Cas où il y a lieu à conflit positif ; 2^o Compétence et procédure ; 3^o Enfin, cas où il y a lieu à règlement de juges sans qu'il y ait conflit.

§ 1^{er}. — *Conditions pour qu'il y ait conflit.*

En étudiant les diverses conditions dont la réunion est nécessaire pour qu'il y ait conflit, nous ferons passer les divers cas dans lesquels il y a lieu à règlement de juges, puisque la condition indispensable donnant lieu à cette procédure, la première de toutes, c'est qu'il doit y avoir conflit. Nous ramenons à trois ces conditions. Il faut : 1^o Que la cause soit pendante devant deux tribunaux; 2^o Qu'il y ait litispendance ou connexité entre les deux litiges; 3^o Qu'aucun des deux tribunaux ne se soit prononcé sur le fond.

1^{re} QUESTION. — *La cause doit être pendante devant deux ou plusieurs tribunaux.* — Cette condition qui paraît évidente, et qui ne paraît donner lieu à aucun développement soulève cependant quelques difficultés que nous devons signaler : Il suffit que les divers tribunaux soient simplement saisis par l'ajournement, et il n'est pas besoin qu'aucune décision interlocutoire soit intervenue. C'est ce qui résulte d'ailleurs très clairement des termes de l'art. 363 : « Si un différend est porté à deux ou plusieurs tribunaux, » expressions qui se trouvent répétées dans le corps de l'article, et l'art. 364 confirme purement cette solution en disant : « Sur le vu des demandes formées. » Mais tant que deux ou plusieurs tribunaux ne sont pas saisis, il n'y a pas lieu à règlement de juges, car on ne peut pas dire en ce cas que la cause soit pendante devant plusieurs tribunaux.

Le conflit doit exister entre deux ou plusieurs tribunaux, et le Code nous donne certains exemples qui sont plutôt énonciatifs qu'énumératifs. Il choisit un conflit pendant entre deux tribunaux du même degré, tels qu'entre deux justices de paix, entre deux tribunaux civils; mais certes ce ne sont pas là les seuls conflits qui peuvent s'élever, et il peut y avoir lieu

à règlement de juges entre deux tribunaux de commerce. On a cependant douté, et on a objecté que l'art. 363 ne comprenait pas les tribunaux de commerce; mais il faut rejeter cette opinion.

L'art. 363 dit en effet : Si un différend s'élève entre deux ou plusieurs tribunaux de première instance, or, dans l'expression de tribunaux de première instance qui équivaut à tribunaux du premier degré, on doit comprendre les tribunaux de commerce. Du reste, ce point ne saurait faire doute aujourd'hui, car la jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée dans une espèce essentiellement pratique, et où elle a admis sans difficultés le règlement de juges.

Un commerçant exerçant un seul commerce a plusieurs établissements dans des ressorts de tribunaux différents; il est successivement et simultanément déclaré en faillite par les divers tribunaux compétents; il y a lieu dans ce cas, dit la Cour de cassation, à règlement de juges (Cass., 20 mars 1893; G. P., 93-1-360). Cette décision s'impose. En effet, un commerçant, à moins qu'il n'exerce plusieurs commerces ne peut être qu'une seule fois déclaré en état de faillite; toutes les opérations qui peuvent se poursuivre n'ont trait qu'à un seul et même objet; il ne s'agit que d'une seule masse, il faut donc nécessairement qu'il n'y ait qu'un seul Tribunal pour connaître des opérations de cette faillite.

Un conflit peut s'élever entre des tribunaux de même degré. Il pourrait s'élever entre un Tribunal de commerce et un juge de paix; il pourrait également s'élever entre un juge de paix et un Tribunal civil, pris comme juridiction de première instance; il peut enfin s'élever entre un Tribunal civil et un Tribunal de commerce. C'est ce qui résulte d'une jurisprudence déjà ancienne, mais qui vient d'être confirmée par un arrêt de la Cour suprême du 23 janvier 1888, S. 88-1-109. Mais

ce conflit naissant entre un Tribunal de commerce et un Tribunal civil n'est pas sans donner lieu à quelques explications.

Lorsqu'il y a conflit entre deux tribunaux de même compétence, tels que deux tribunaux civils, deux tribunaux de commerce, aucune difficulté ne se produit quant au renvoi, car les affaires sont de même nature ; mais quand il s'agit de règlement de juges entre un Tribunal civil et un Tribunal de commerce, le renvoi ne peut s'opérer sans une certaine hésitation, car, un Tribunal civil ne peut connaître d'affaires commerciales, et le Tribunal de commerce, d'affaires civiles. M. Soucher sur Carré, t. V, p. 46, a examiné cette difficulté, et il résout cette question en distinguant s'il y a litispendance ou connexité. D'après cet auteur, quand il y a litispendance, l'un des tribunaux est forcément incompetent ; en effet, une affaire est forcément soit civile, soit commerciale ; on doit donc procéder par voie de déclinatoire. Sans doute, en cette espèce, il y aura une question de compétence en jeu, et les parties, si les tribunaux font partie du même ressort pourront attendre que les deux tribunaux aient statué sur la compétence pour porter ces deux décisions à la Cour qui dira en dernier ressort quel est le Tribunal qui devait être saisi¹. Nous ne voyons pas la raison qui guide M. Soucher pour refuser le règlement de juges ; n'est-ce pas une voie préventive ? Quelle raison de l'écarter ? D'ailleurs comment feront les parties, si les tribunaux en conflit sont de ressorts de Cours d'appel différents ? En procédant comme l'indique cet auteur, il faudra avoir recours à l'appel devant deux Cours ; le conflit pourra continuer d'exister entre les deux Cours comme il existait entre les deux tribunaux du

1. Rappelons qu'en vertu de sa plénitude de juridiction, si le fond était en état, la Cour pourrait évoquer.

premier degré, et il faudra aller, en fin de compte, devant la Cour suprême, quand on aurait pu y aller immédiatement en se conformant au vœu du législateur.

Nous persistons dans notre opinion d'autant plus qu'un résultat pratique important en est une conséquence sérieuse. La jurisprudence admet en effet que la litispendance, à l'exemple de l'incompétence, rend la cause susceptible d'appel, alors même que la valeur en litige serait inférieure à 1,500 fr. (Bordeaux, 10 août 1858, S., 60-1-779). C'est donc dans ces sortes d'affaires intéressantes au premier chef, qu'il faut éviter les pertes de temps et l'économie des frais.

M. Ravenel, p. 89, admet la théorie de M. Soucher, il pense qu'au cas de litispendance, l'un des tribunaux sera nécessairement incompétent *ratione materie*; il en arrive par ce motif à adopter la nécessité de procéder par voie de déclinaoire; qu'il nous soit permis de réfuter l'argument invoqué. Certains actes peuvent constituer pour l'une des parties un acte de commerce, pour l'autre, un acte purement civil, ce sont des actes qui ont un caractère mixte, et la jurisprudence permet à celui pour qui l'acte est civil de citer son adversaire, soit devant le Tribunal civil, soit devant le Tribunal de commerce; un conflit peut naître, le commerçant peut d'abord être cité devant ses pairs, puis recevoir un nouvel ajournement devant le Tribunal civil. Les deux tribunaux sont compétents; il y a litispendance; le règlement de juges s'impose.

Mais, quand il y a connexité, la difficulté augmente, car on se trouve en présence de deux affaires distinctes, et de nature différente. On ne peut donc confondre les deux juridictions en une seule, car leurs modes de procédure ne sont pas les mêmes, les compétences sont différentes, et nous sommes bien obligé de reconnaître qu'ici le règlement de juges est impossible.

Quels sont donc les moyens de sortir de cette difficulté? Pour ceux qui admettent le principe de la plénitude de juridiction, dont seraient investis les tribunaux civils, les parties peuvent élever devant le Tribunal de commerce l'exception de connexité. Si cette exception est admise, le Tribunal civil reste seul saisi et le conflit cesse, mais la proposition inverse ne saurait être vraie, c'est-à-dire que l'on ne pourrait élever cette exception devant le Tribunal civil, pour saisir le Tribunal de commerce des deux litiges, les tribunaux de commerce étant des tribunaux d'exception.

Un second moyen facile à employer, c'est d'interjeter appel, si les deux tribunaux font partie du ressort de la même Cour, qui pourra, vu la connexité, joindre les causes et statuer sur le tout par un seul et même arrêt. Enfin, si les deux décisions ne sont pas susceptibles d'appel, ou si, étant susceptibles d'appel, les tribunaux font partie de deux ressorts de Cour d'appel, il faudra se pourvoir en cassation pour contrariété de jugements.

Nous avons dit plus haut qu'il n'y avait lieu à règlement de juges qu'entre deux tribunaux de même degré; il faut en conclure qu'il peut y avoir conflit entre deux tribunaux d'un ordre différent dans la hiérarchie judiciaire, tels qu'un Tribunal civil et une justice de paix. Ces deux tribunaux peuvent en effet être saisis simultanément; mais nous verrons qu'il ne peut y avoir conflit, et par suite, lieu à règlement de juges entre un Tribunal civil et une Cour d'appel, ou un juge de paix et un Tribunal civil jugeant à charge d'appel. Disons cependant tout de suite, qu'en pareil cas, le règlement de juges est même impossible à concevoir. Si l'une des causes était pendante devant un Tribunal de première instance, et l'autre devant la Cour, de deux choses l'une : ou le renvoi aurait lieu devant la Cour, alors on supprimerait le double

degré de juridiction ; ou le renvoi serait prononcé en faveur du Tribunal, il est impossible d'admettre cette hypothèse, on obtiendrait un résultat absolument opposé au précédent, on arriverait à soumettre la cause à trois et même quatre degrés de juridiction. Donc, impossibilité matérielle de concevoir un règlement de juges dans de telles hypothèses. Nous reviendrons plus loin sur cette question.

Certains auteurs semblent admettre que le règlement de juges n'est possible que si les deux tribunaux font partie de ressorts différents, si les tribunaux ressortissent de la même Cour, on doit procéder par voie de déclinatoire. L'art. 363 ne comporte nullement cette restriction ; on peut d'ailleurs facilement répondre que tous les tribunaux, s'ils ne dépendent pas des mêmes Cours d'appel, dépendent de la Cour de cassation, si donc l'on veut appliquer cette théorie d'une façon logique, il faut admettre que la Cour de cassation ne sera jamais appelée à régler de juges, ce qui est également contraire à l'art. 363.

Si une affaire était distribuée à deux Chambres de la même Cour, il n'y aurait pas lieu à règlement de juges, il suffirait d'adresser dans ce cas une requête au premier président qui la rayerait du rôle de l'une des Chambres. De même si deux affaires étaient connexes, on pourrait par le même procédé demander à ce que les deux affaires soient distribuées à la même Chambre.

Les tribunaux saisis doivent tous être français. Si l'un des tribunaux est français et l'autre étranger : 1^o On se trouve en face d'une impossibilité de trouver un Tribunal supérieur ; 2^o Quel est le moyen qu'il faudrait employer pour empêcher le Tribunal étranger de connaître du litige ? 3^o Enfin, lorsqu'il faudra exécuter en France la décision étrangère, on pourra sur l'assignation en *executur*, ou demander un sursis si

le Tribunal français n'a pas encore jugé, ou bien opposer l'exception de chose jugée s'il y a une décision du Tribunal, passée en force de chose jugée.

Si l'un des tribunaux saisis de la même instance venait à être séparé du territoire français, il est tout naturel qu'il n'y aurait plus lieu à règlement de juges.

2^e QUESTION. — *Il doit y avoir entre les causes pendantes aux divers tribunaux litispendance ou connexité.*

— La litispendance suppose que les deux procès n'en font qu'un seul; qu'ils se déroulent entre les mêmes parties; qu'il s'agit du même objet; qu'ils reposent sur la même cause.

La connexité suppose, au contraire, qu'il y a deux procès différents; mais leur affinité est telle que la solution de l'un doit exercer une influence prépondérante sur la solution de l'autre. La litispendance repose sur un fait facile à vérifier; il suffit, en effet, de représenter l'assignation contenant ajournement devant un autre Tribunal. La connexité est, au contraire, plus difficile à reconnaître; c'est une simple question de faits et il est difficile de poser de règles bien fixes; c'est donc à la jurisprudence qu'il faut s'en rapporter. Nous allons citer quelques espèces :

1^o Nous rappelons ici pour mémoire seulement qu'il y a lieu à règlement de juges quand plusieurs tribunaux ont simultanément déclaré un commerçant en état de faillite (Cass., 18 juin 1894; G. P., 94-2-46);

2^o Lorsque deux Cours d'appel se sont trouvées saisies des appels de jugements de deux tribunaux qui se sont déclarés compétents, la première demande ayant trait à l'exécution d'un contrat, la deuxième formée par le défendeur originaire devenant demandeur sur la résiliation de ce même contrat et assignant le demandeur originaire devant le Tribunal du

domicile de ce dernier, viennent à confirmer ces deux jugements sur la compétence, il y a lieu à règlement de juges. Il y a en effet litispendance, ces deux actions ne sont que le dédoublement d'un seul et même procès. La demande en résiliation pouvait tout aussi bien se produire sous forme d'exception. C'est donc au fond le même litige engagé indûment devant des tribunaux différents (Cass., 30 novembre 1891; G. P., 92-1-116) ¹.

3° Lorsque plusieurs défendeurs sont assignés par des demandeurs différents simultanément devant plusieurs tribunaux, les premiers peuvent se pourvoir en règlement de juges du moment que les demandes ont le même objet et reposent sur la même cause.

Dans une espèce jugée par la Cour de cassation, le 7 juillet 1887 (S., 88-1-80), il s'agissait de plusieurs défendeurs, les uns assignés devant le Tribunal de la Seine, les autres devant le Tribunal civil de Vitré pour le même objet : annulation d'un acte, reposant sur la même cause, fraude aux droits des créanciers; la Cour suprême n'a pas hésité à admettre la requête en règlement de juges. L'art. 363, comme le dit fort bien M. Chauveau, question 1320, n'exige pas qu'il y ait identité de personnes pour qu'il y ait lieu à régler de juges.

4° Mais on ne devrait pas admettre cette procédure, si chacun des tribunaux saisis, à côté des questions connexes, avait à examiner des points particuliers et distincts, ou bien si l'un des défendeurs n'était en cause que devant un seul des divers tribunaux, etc. (Cass., 22 juillet 1875; S., 75-1-415).

Nous avons déjà vu que le règlement de juges ne pouvait avoir lieu quand l'un des tribunaux était un Tribunal

1. Ajoutez Rennes, 29 novembre 1894 (Rec. de Rennes, 95-13).

étranger; nous ajouterons ici une autre cause à cette impossibilité. Il ne peut y avoir, en effet, en ce cas litispendance ou connexité; la contrariété de jugements n'est plus à craindre, et nous avons déjà dit également que lorsqu'on voudra exécuter le jugement en France, on pourra lui opposer l'exception de chose jugée.

Il nous est loisible maintenant d'aborder une question qu'il est facile de comprendre. Les parties ont à leur disposition l'exception de litispendance ou de connexité, l'exception d'incompétence et la voie de règlement de juges. Empressons-nous de dire que les plaideurs pourront en principe choisir la voie qui leur conviendra; mais cependant qu'ils y prennent garde, car dans certains cas s'ils échouent dans une des procédures, ils ne pourront avoir recours à une autre. Prenons tout d'abord l'exception d'incompétence : deux tribunaux sont saisis simultanément, les parties soulèvent l'incompétence de l'un des tribunaux, cette exception est rejetée; appel, et la Cour confirme; le règlement de juges ne sera pas possible si c'est la même Cour qui doit en connaître, car elle ne pourrait se réformer elle-même en attribuant la cause au Tribunal qu'elle avait autrefois déclaré incompetent; mais le règlement de juges serait possible si la Cour de cassation ou un autre Tribunal d'appel, autre que celui qui a statué déjà, devait statuer sur la demande en renvoi.

Le règlement de juges présente un avantage sur le déclinaire d'incompétence; il peut arriver que le Tribunal dont on ne décline pas la compétence suive sur la procédure, ou bien encore que le demandeur, à l'exception, condamné en première instance et en appel, soit obligé de retourner devant un Tribunal dont il a décliné l'incompétence, tandis qu'en suivant le règlement de juges, ces inconvénients ne sont pas à craindre, car les tribunaux suspendront l'instruction de la

cause jusqu'à ce que le renvoi soit prononcé et la partie n'aura pas à craindre la prévention de l'un des tribunaux contre elle, puisqu'ils n'auront nullement été suspects ni l'un ni l'autre, et que c'est, au contraire, dans l'intérêt aussi bien de la partie que dans celui de la justice que le règlement de juges est demandé.

L'exception de litispendance est également un moyen plus simple que la procédure en règlement de juges, mais cette voie est en échange moins sûre. Supposons que le Tribunal repousse cette exception, si les tribunaux font partie du même ressort, sans doute on pourra recourir à l'appel. Mais, si les tribunaux sont de ressorts différents, il faudra aller en fin de compte devant la Cour de cassation; n'est-il pas plus simple d'y aller de suite et d'employer un mode de recours préventif à un moyen qui, n'ayant pas réussi, force à invoquer ce recours comme un « *ultimum remedium*. »

3^e QUESTION. — *Il ne faut pas qu'il soit intervenu de décision au fond.* — Ce principe, posé ainsi, est trop général et demande à être restreint. Si les deux tribunaux ont statué, de deux choses l'une :

1^o Ou les deux décisions sont les mêmes, et alors il n'y a pas lieu à règlement de juges, puisqu'il ne peut y avoir conflit;

2^o Ou les deux décisions sont contradictoires, alors la voie du pourvoi en cassation est ouverte (art. 504, C. de pr. civ.);

3^o Si l'une des juridictions a seule prononcé, il faut également faire une distinction : ou la décision est passée en force de chose jugée, on pourra opposer l'exception de chose jugée devant le Tribunal qui n'a pas encore statué; ou bien cette décision est encore sujette à appel, la partie qui prévoit que son adversaire lui opposera

l'exception de chose jugée, pourra interjeter appel de la première décision ; puis, lorsque le dernier Tribunal saisi aura jugé, elle interjettera également appel de ce jugement. Si les deux tribunaux font partie du même ressort de la Cour d'appel, le conflit disparaîtra ; si deux Cours d'appel sont saisies, et que l'une et l'autre statuent, le recours de l'art. 504 sera seul possible, si la décision était l'objet de pourvoi en cassation, le règlement de juges serait impossible (Cass., 8 mai 1889 ; G. P., 89-1-833).

Mais nous avons annoncé des exceptions, les voici : Si les parties se sont abstenues de conclure au fond et que le Tribunal ait statué quand même définitivement, le règlement de juges est encore possible, car il ne saurait appartenir au juge qui a, peut-être, affirmé sa propre compétence d'empêcher une partie de réclamer ce qui lui est légitimement dû, c'est-à-dire d'obtenir d'être jugé par ses juges naturels (Cass., 1^{er} décembre 1884 (2 arrêts) ; G. P., 85-1-14 et 40 ; Cass., 25 janvier 1892 ; journ. *la Loi*, n° du 18 février suivant).

Il faut déduire de cette exception une conséquence qui a une importance de premier ordre ; c'est qu'il ne faut pas pour que le règlement de juges soit possible, que les parties aient acquiescé en rien au jugement interlocutoire, que l'on puisse encore obtenir une annulation ; nous approuvons toute une série de décisions rendues par la jurisprudence et qui trouvent leur solution toute faite dans la proposition que nous venons d'émettre. Ainsi, le règlement de juges sera possible, après le prononcé d'un interlocutoire rejetant, par exemple, une exception d'incompétence, mais il ne faut pas que les parties aient conclu au fond (Cass., 11 mai 1887 ; S., 87-1-376). Ce serait, en effet, reconnaître la compétence du Tribunal, exécuter son jugement que de le mettre à même de connaître du fond du litige. Et ce n'est pas conclure au fond que

de demander un sursis, de former une demande en communication de pièces, communication n'ayant pas rapport au fond du procès, ou encore de demander aux juges de déclarer une demande non recevable, en n'indiquant pas les moyens d'irrecevabilité (Cass., 1^{er} mars 1887; G. P., 87-2-446). Mais la partie qui, avant de soulever une question de compétence, « *ratione materiæ* » propose un moyen tiré de la nullité de l'exploit d'ajournement, a, ainsi, engagé le fond et n'est plus recevable à se pourvoir en règlement de juges (Cass., 30 janvier 1882; S., 84-1-373).

C'est ici qu'il nous faut revenir sur une question que nous avons résolue par avance. Nous avons dit, en effet, que le règlement de juges n'est pas possible quand la cause est soumise à des tribunaux de degrés différents, qu'il ne peut y avoir conflit entre une Cour et un Tribunal civil. Prenons un exemple qui s'est plusieurs fois présenté dans la pratique. Un Tribunal civil est saisi d'un litige, le défendeur oppose une exception d'incompétence et prétend que le litige a un caractère commercial. Les juges le déboutent, puis statuent au fond, appel sur le chef de compétence, le demandeur originaire saisit la juridiction commerciale avant que la Cour ait statué. Le conflit peut exister entre les deux juridictions et cependant il n'y aura pas lieu à règlement de juges. Le règlement de juges, ne l'oublions pas, est une voie préventive qui est destinée à empêcher un conflit de se produire, mais si l'un des deux tribunaux a statué, le conflit pourra bien avoir lieu entre deux juridictions, mais il ne devra plus disparaître par la procédure en règlement de juges; c'est ce que nous allons démontrer. Deux solutions peuvent se produire dans notre espèce : ou bien la Cour confirme le jugement de première instance, et, si l'on veut, le Tribunal de commerce, dernier saisi, a également statué au fond. Si le

fond est jugé en dernier ressort, pas de difficultés, pas d'hésitations à appliquer l'art. 504, procédure civile, recours en cassation. Si le fond ne peut être jugé qu'à charge d'appel, nous allons voir dans ce cas une décision en dernier ressort : l'arrêt de la Cour et une décision en premier ressort le jugement du Tribunal de commerce. L'exception de chose jugée pourra alors être opposée, soit à l'appel qui pourrait être interjeté du jugement rendu par le Tribunal de commerce, soit à son exécution. En second lieu, la Cour a réformé le jugement du Tribunal civil et a jugé que c'était le Tribunal de commerce qui était compétent ; plus de conflit à craindre, puisque la décision des premiers juges est anéantie et il ne reste plus qu'un seul Tribunal chargé de vider le différend. Les propositions que nous émettions ci-dessus, se trouvent donc justifiées : il suffit qu'un des deux tribunaux saisis ait statué au fond pour que le règlement de juges au jugement interlocutoire, ainsi que nous venons de le voir, soit impossible.

Si la partie ne peut acquiescer formellement, elle ne peut non plus y acquiescer tacitement, notamment en laissant expirer les délais des voies de recours, en renonçant à attaquer ce jugement ; elle l'accepte forcément, il n'y a donc plus de conflit, plus lieu, par conséquent, à règlement de juges. Le pourvoi en cassation lui reste seul ouvert, au cas où il y aurait contrariété de décisions (Cass., 3 janvier 1882 ; S., 82-1-120, et 11 mai 1887, cité *supra*, Chauveau, question 1324), et quelquefois une partie peut acquiescer à son insu à la décision et rendre ainsi le règlement de juges pour toujours impossible ; en voici un exemple : M. Chauveau (question 1325) cite un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 12 juillet 1814, duquel il semblerait résulter que, du moment que le Tribunal a statué au fond, le règlement de juges ne

serait plus possible. Nous venons de nous expliquer sur ce point et nous savons comment le comprendre, quelle restriction on doit ajouter ; le jugement avait été rendu en l'absence de toutes conclusions au fond de la partie, et cependant la Cour refusait d'admettre la requête en règlement de juges, ce qui semble contraire aux principes jusqu'ici exposés. Mais, en examinant l'espèce de plus près, la Cour suprême ne s'est nullement contredite et, au contraire, sa solution s'imposait. L'appelant n'avait pas pris soin, en effet, de limiter son appel aux dispositions sur la compétence. Le même jugement avait, en effet, statué sur la compétence et sur le fond, et, par suite de l'effet dévolutif de l'appel, la Cour se trouvait saisie de tout le litige : l'appelant avait accepté le débat au fond, avait reconnu ainsi implicitement la compétence du Tribunal, et avait, par là même, exécuté les dispositions sur la compétence. « Ces arrêts, dit M. Chauveau, avertissent une partie » qui a opposé un déclinatoire en première instance, qu'elle » doit se borner à appeler du jugement, ou de la disposition » du jugement qui prononce sur l'interlocutoire pour, en cas » de rejet, obtenir règlement devant la Cour de cassation. »

Nous venons de voir quelles sont les conditions pour qu'il y ait lieu à règlement de juges, et nous avons pu constater que l'art. 363, qui ne semble prévoir que deux conditions sur trois que nous exigeons, veut notamment que la cause soit pendante devant deux juridictions. Il est cependant un cas que nous devons signaler et qui, quoique ne comportant pas un conflit entre deux tribunaux ou deux Cours, donne cependant lieu à règlement de juges. Ce cas est prévu par les art. 19 et 20 de l'ordonnance d'août 1737, titre II. Voici le texte de l'art. 19 : « La partie qui aura été déboutée du déclinatoire par elle proposé dans la Cour ou dans la juridiction qu'elle prétendra être incompétente, et de sa demande en

renvoi dans une autre Cour, ou dans une juridiction d'un autre ressort, pourra se pourvoir en notre Grande Chancellerie, ou en notre Conseil, en rapportant, etc. » Voici l'espèce : Primus assigne Secundus devant le Tribunal civil de Rennes, Secundus prétendant que le Tribunal civil de Laval est seul compétent, à raison de la matière ou de la personne, élève un déclinatoire d'incompétence, et est débouté de ce déclinatoire ; il pourrait interjeter appel devant la Cour de Rennes, puis se pourvoir en cassation, s'il succombe à nouveau. L'art. 19 lui fournit un moyen plus rapide, c'est de se pourvoir immédiatement en règlement de juges, devant la Cour de cassation, remplaçant aujourd'hui la Chambre du Conseil. Remarquons ici, et cela a son importance, qu'il n'y a pas conflit entre deux juridictions, puisqu'il n'y a qu'un seul tribunal saisi ; nous sommes donc complètement en dehors de l'art. 363 du Code de procédure civile, et, en conséquence, cet article ne régit nullement notre hypothèse, et aucun texte n'étant venu le modifier, l'art. 19 est toujours en vigueur (art. 1041 pr. civ., loi du 30 ventôse an XII), ce point, du reste, en présence d'une jurisprudence constante, ne fait point difficulté. Mais, n'oublions pas cependant que nous nous trouvons devant un texte exceptionnel, que son interprétation doit être restrictive. Quelles sont donc les conditions qu'il exige pour qu'il soit applicable ?

1° La partie doit être déboutée d'un déclinatoire dans la Cour ou dans la juridiction. Déclinatoire dans la Cour : l'incompétence peut être soit absolue, soit relative, l'art. 19 ne distingue pas ;

2° Demande en renvoi devant une autre Cour ou devant un Tribunal d'un autre ressort. « Le renvoi devant une autre Cour ne présente pas de difficultés, puisque toutes les Cours d'appel ont forcément un ressort différent, mais le renvoi pour

le Tribunal doit avoir lieu devant le Tribunal d'un autre ressort. Si donc vous proposez l'incompétence d'un Tribunal du ressort de la Cour d'appel de Rennes et que vous demandiez votre renvoi devant un autre Tribunal du même ressort, vous ne pouvez plus procéder par la voie extraordinaire en règlement de juges, mais par appel devant la Cour. Toutes ces conditions se trouvent rappelées dans une jurisprudence qui compte de nombreux arrêts et dont le plus récent est, à notre connaissance, une décision de la Cour de cassation, du 8 février 1892 (D., 93-1-371), et le rapport de M. le conseiller Ballot-Beaupré; et si le demandeur ne suit pas son action après que le Tribunal saisi s'est déclaré incompétent, le règlement est possible de la part du défendeur. La jurisprudence de la Cour suprême apporte cependant une certaine restriction à l'application de l'art. 19, et elle décide que lorsque le rejet du déclinatoire est fondé sur une incompétence personnelle, il ne peut donner lieu à un règlement de juges, quand il est uniquement motivé en fait sur l'interprétation d'un contrat intervenu entre les parties (Cass., 18 octobre 1892; D., 92-4-570). C'est une question d'interprétation qui appartient aux juges du fond, il s'agit uniquement de rechercher et de constater quelle a été l'intention des parties. Pour résoudre cette question, la Cour de cassation devrait donc examiner le fond, interpréter les clauses du contrat; ce qui ne rentre pas dans les attributions de la Cour suprême. Aussi, la décision recueillie n'est-elle que la suite d'une nombreuse série d'arrêts qui ont universellement reconnu que, dans ce cas, il ne peut y avoir lieu à règlement de juges (voyez, notamment, Cass., 13 avril 1886; D., 87-5-379). L'art. 19 ne s'occupe que du défendeur qui a succombé sur son exception d'incompétence; il ne parle pas du demandeur dans le cas où cette incompétence est admise : nous

devons en conclure que ce dernier n'aura que les voies ordinaires de recours, c'est-à-dire l'appel. L'art. 21 de notre titre avait pris soin de lui permettre cette voie de recours : « Lorsque sur le déclinatoire, proposé par l'une des parties, les premiers juges seront dépouillés de la connaissance de la contestation, le défendeur en déclinatoire ne pourra être reçu à se pourvoir en notre Conseil pour être réglé de juges, sauf à lui à interjeter appel de la sentence qui aura eu égard au déclinatoire, ou à se pourvoir en notre Conseil contre l'arrêt qui l'aura confirmé. » Mais, en présence de l'art. 454 du Code de procédure civile, cet article est aujourd'hui sans utilité.

Remarquons enfin que le règlement de juges peut être demandé même devant la Cour de cassation. Cela suppose que l'on peut, pour la première fois après l'arrêt confirmant le rejet du déclinatoire, se pourvoir en règlement de juges; l'art. 20 confirme cette solution. « La disposition de l'article précédent aura lieu encore que sur l'appel interjeté par le demandeur en déclinatoire de la sentence qui l'en a débouté, ladite sentence eût été confirmée par arrêt. Cet article apporte une exception à la règle du double degré de juridiction. Supposons, par exemple, que le règlement de juges se produise après l'arrêt confirmatif, la Cour de cassation devra forcément examiner la question de compétence qui aura subi de ce chef trois degrés de juridiction. Exception remarquable que nous devons signaler en passant.

Il existe d'autres cas où le règlement de juges est nécessaire quoiqu'il n'y ait pas conflit. Une première hypothèse se produit lorsque, durant le procès, le Tribunal vient à être supprimé par suite de démembrement du territoire. Il faut s'adresser à la Cour de cassation qui indique un autre Tribunal devant connaître le litige, ou bien encore une partie récuse un Tribunal ou c'est le Tribunal lui-même qui se

récuse, on doit alors s'adresser à la juridiction qui serait compétente pour régler de juges. Il n'y a pas, dans ces espèces, lieu positivement à règlement de juges mais bien à indication de juges (Pau, 1^{er} août 1877 ; S., 79-25) ¹.

§ 2. — *Compétence et procédure.*

Il s'agit pour le moment de connaître quelle juridiction est compétente pour régler de juges. Nous trouvons cette réponse dans l'art. 363. Le principe est que le règlement de juges devra être porté au Tribunal qui exerce sa surveillance sur les deux tribunaux saisis. On trouvera dans l'art. 363 l'énumération des divers tribunaux : tribunaux civils, Cours d'appel, Cours de cassation qui sont compétents suivant les distinctions admises au texte.

L'art. 363, on s'en aperçoit immédiatement à la lecture, ne s'occupe que des conflits pouvant exister entre des tribunaux de même ordre ; mais nous avons vu qu'un conflit peut également s'élever entre des tribunaux d'ordre différent, tels qu'entre juges de paix et un Tribunal civil ; quel sera, dans ce cas, le Tribunal régulateur ? On a répondu : ce sera, d'une façon générale, la Cour de cassation ; elle seule a, en effet, une compétence uniforme sur toutes les juridictions, il n'en est pas de même des Cours d'appel. Celles-ci peuvent bien connaître des appels des jugements des tribunaux civils et de commerce, mais non des appels des justices de paix. Du reste, ajoute-t-on, l'art. 363 n'a pas prévu cette hypothèse et l'on ne saurait donc appliquer ses dispositions à notre espèce. D'après ce système, le Tribunal qui serait compétent pour régler de juges, serait celui qui pourrait connaître de l'appel des

1. Conf., Rennes, 10 décembre 1894 ; Rec. de Rennes, 95-31.

jugements des deux tribunaux. Ce système aboutit à deux conséquences qui sont inacceptables et contraires au texte :

1° La première conséquence qu'on devrait tirer de la théorie que nous combattons, serait tout naturellement que le règlement de juges, dans les affaires en dernier ressort, fût porté directement devant la Cour suprême. Or, nulle part, nous ne trouvons ce principe écrit, et l'art. 363 ne fait aucune distinction entre les jugements en premier et en dernier ressort;

2° La deuxième conséquence serait contraire au texte, car si le législateur avait fait dépendre la compétence en règlement de juges du pouvoir de connaître des appels, il n'aurait certainement pas dit que, lorsqu'un conflit s'élève entre deux juges de paix relevant de tribunaux différents, mais faisant partie du même ressort, c'est à la Cour d'appel de connaître du règlement de juges; or, jamais cependant une Cour ne peut connaître d'un appel du jugement d'un juge de paix. En résumé, le législateur, en indiquant dans l'art. 363 les juridictions qui devront connaître des règlements de juges, a eu simplement en vue l'ordre hiérarchique des juridictions et a donné une marche à suivre : l'article n'est simplement que démonstratif. Dans les cas qu'il ne prévoit pas, on doit s'inspirer de son esprit et appliquer la règle qu'il pose en l'adaptant à l'espèce dans laquelle on se trouve. Pas d'exception dans notre espèce et si le Tribunal civil et la justice de paix entre lesquels il y a conflit font partie du ressort de la même Cour, ce sera cette juridiction qui sera compétente pour régler de juges, tout comme elle le serait s'il s'agissait de deux justices de paix ou de deux tribunaux civils de son ressort.

Quant à la procédure, elle est des plus simples. Pour ne nous occuper que de la Cour, cette demande s'introduit par voie de requête. La Cour rend alors un arrêt qui permet

d'assigner l'adversaire en règlement de juges. Cette assignation doit être notifiée dans la quinzaine de l'obtention de l'arrêt qui l'autorise et ce, à peine de nullité, art. 366. La sanction en est fort rigoureuse; le demandeur en règlement de juges est déchu *ipso facto* et cette déchéance n'a pas besoin d'être ordonnée.

Le défendeur au règlement de juges peut alors suivre régulièrement le litige devant la juridiction qu'il avait saisie et cette juridiction est seule compétente désormais, ce qui met fatalement fin au conflit. Mais si, au contraire, l'assignation a été donnée dans les délais (art. 365), la cause est sommairement instruite devant la Cour et elle détermine la juridiction qui doit définitivement connaître du litige. Le demandeur en règlement de juges qui succombera, pourra être condamné à des dommages-intérêts envers les autres parties, il devra en outre supporter les dépens de l'incident.

De cette procédure fort simple nous en déduisons les conséquences suivantes :

1^{re} CONSÉQUENCE. — S'il s'agit de litispendance, la Cour devra forcément, sur la représentation des deux exploits, accorder la permission d'assigner en règlement de juges; ce cas donne lieu à une simple vérification matérielle. Mais la Cour conserverait son pouvoir d'appréciation s'il s'agissait de renvoi pour connexité ou si, en examinant les exploits qu'on lui remet avec la requête, il était acquis qu'il ne s'agit pas d'une même demande, elle pourrait refuser cette permission. Le jugement qui refuse l'autorisation en règlement de juges est-il susceptible d'appel? La question ne paraît pas avoir été examinée par les auteurs ni résolue par la jurisprudence. Pour les auteurs qui admettent que le Tribunal doit toujours accorder la permission d'assigner, le jugement qui refuse cette permission est susceptible d'appel pour excès de

pouvoir, mais, pour nous qui, en dehors de la litispendance, accordons au Tribunal un certain pouvoir d'appréciation, la question peut paraître plus délicate. Il n'est pas douteux que pour le demandeur en règlement de juges, ce jugement va causer grief, puisqu'il y aura toujours deux tribunaux saisis; nous serions assez disposé à lui accorder appel, mais le défendeur en règlement de juges ne nous paraît pas avoir un intérêt à attaquer le jugement qui rejette la demande en règlement de juges, cette décision qui ne fait en quelque sorte qu'approuver sa manière de procéder, qui lui donne raison, aussi lui refuserons-nous toute voie de recours.

2° CONSÉQUENCE. — L'arrêt qui permet d'assigner en règlement de juges peut ordonner qu'il sera sursis à toutes procédures engagées devant les divers tribunaux saisis. Ce sursis n'est pas une conséquence nécessaire de la demande en règlement de juges, il doit être prononcé et les juges ont sur ce point un pouvoir souverain d'appréciation (art. 364).

3° CONSÉQUENCE. — La procédure en règlement de juges se termine par le renvoi de la cause et des parties devant un Tribunal qui devra désormais seul connaître du litige. A ce point de vue, la Cour, puisque nous ne nous occupons que de cette juridiction, devra simplement appliquer les règles de la litispendance, de la connexité ou les principes de la compétence. Sauf le cas de litispendance, il faut bien lui accorder sur ce point un pouvoir absolu et son arrêt nous paraît plutôt une décision d'ordre intérieur et comme tel non susceptible à pourvoi en cassation. On pourra peut-être trouver cette solution contradictoire avec celle que nous avons indiquée plus haut, en disant que si le Tribunal qui règle de juges refuse l'autorisation d'assigner, on pourra appeler de ce jugement, tandis que dans aucun cas on ne

pourra appeler du jugement qui renvoie devant un juge de paix pour connaître de la solution du litige. Le jugement qui refuse l'autorisation d'assigner en règlement de juges cause grief à la partie, car le conflit que redoute le demandeur en règlement va continuer d'exister, tandis que le jugement qui ordonne le renvoi le fait toujours cesser, puisqu'il indique le Tribunal qui devra seul connaître de l'affaire; on pourra nous objecter que le choix du Tribunal peut ne pas être indifférent au demandeur; cela peut être vrai mais on doit voir dans ce refus de tout recours une question de convenance qui rentre dans le pouvoir discrétionnaire du magistrat, qui ne peut donner ouverture à aucune critique. Le demandeur peut, dans ses conclusions, manifester ses craintes, indiquer son choix; le Tribunal seul a le droit d'apprécier le bien ou le mal fondé des motifs des conclusions. D'ailleurs, admettre une voie de recours ne serait-ce pas aller contre la volonté du législateur qui a justement eu pour but d'éviter les longueurs de procédure et prévenir les difficultés.

Donc, sauf le cas de litispendance, comme nous le disions tout à l'heure, qui pourrait donner lieu à appel ou à pourvoi en cassation, car le renvoi devant un Tribunal désigné d'avance s'impose, et le renvoi devant toute autre juridiction serait une violation de la loi, la Cour peut renvoyer soit au Tribunal dernier saisi, soit au Tribunal premier saisi. C'est donc une question d'espèce sur laquelle nous allons citer quelques exemples extraits de la jurisprudence. Ainsi, il a été jugé que lorsque deux tribunaux ont été compétemment saisis, les juges doivent alors s'inspirer de l'intérêt des parties et peuvent maintenir le Tribunal premier saisi (Cass., 29 novembre 1886; S., 87-1-71). Même solution, il s'agit de connexité (Cass., 13 février 1888; S., 88-1-256). Toujours

même application dans le cas où une des deux demandes est plus compréhensible, plus générale que l'autre. C'est devant celui des deux tribunaux saisis de cette demande que le litige tout entier doit être renvoyé (Cass., 30 novembre 1891; D., 93-1-310). Et si des deux tribunaux saisis l'un est d'exception, par exemple un Tribunal de commerce et l'autre de droit commun, un Tribunal civil, le juge peut renvoyer la cause et les parties devant le Tribunal civil (Cass., 23 janvier 1888; S., 88-1-109).

SECTION II

Du conflit négatif.

Nous venons de voir que plusieurs juridictions pouvaient retenir simultanément une même cause; l'hypothèse inverse peut également se concevoir; une partie peut se présenter successivement devant plusieurs tribunaux qui tous se déclarent incompétents et refusent de lui rendre justice; il y avait conflit positif dans le premier cas, il y aura conflit négatif dans le second. Le conflit négatif peut encore se présenter dans les hypothèses suivantes. Un tribunal s'est déclaré incompétent, la partie se présente devant un autre tribunal qui ne peut arriver à se composer parce que la plupart de ses membres sont parents de l'une des parties ou ne peuvent siéger par suite de maladie. Dans ce cas, il y a lieu à règlement de juges. Le règlement de juges, lorsqu'il s'agit de conflit positif, empêche la contrariété de décisions; le règlement de juges, quand il s'agit de conflit négatif, met fin à un véritable déni de justice : conséquence autrement grave. Cependant, le Code de procédure ne nous paraît pas s'être occupé du conflit négatif; on invoque bien, pour soutenir le contraire, les termes généraux de l'art. 363. « Si le conflit est

porté », ces termes, dit-on, s'appliquent aussi bien au conflit positif qu'au conflit négatif, car, pour qu'il y ait conflit, il faut nécessairement que deux ou plusieurs tribunaux aient été saisis de la même cause. Quoique cette argumentation soit très ingénieuse, nous croyons cependant que le Code a passé par-dessus le conflit négatif. Voyons quels textes ont rapport au conflit négatif et procédons par voie d'élimination : l'opinion contraire invoque l'art. 363, mais ce texte paraît s'être exclusivement occupé de désigner les juridictions chargées de régler de juges; l'art. 364, sans aucun doute, ne prévoit que le conflit positif : nos adversaires rejettent également, en matière de conflit négatif, l'art. 366, c'est-à-dire un texte d'une importance capitale. Quant à l'art. 365, il se réfère purement et simplement à l'art. 364. L'art. 367 se réfère à une pure question de dépens et de dommages-intérêts qui ne peut apporter aucune lumière dans la question; il ne reste donc aucun texte que puissent invoquer les partisans du conflit négatif. Nous pensons, en conséquence, que le titre XIX du Code de procédure forme un tout qui n'a prévu qu'une seule hypothèse, et dont les articles ne peuvent recevoir d'application séparée.

Ceci posé, nous n'hésiterons pas à admettre la voie de règlement de juges comme un moyen subsidiaire pour la partie qui ne peut se faire rendre justice : elle devra, avant d'y avoir recours, épuiser les voies de droit commun. Si, donc, elle peut, par un moyen quelconque, arriver à obtenir satisfaction, elle devra, de préférence, en faire usage. Supposons que le Tribunal civil de Saint-Malo repousse la demande de Primus pour cause d'incompétence, et que cette partie se voit également refuser l'accès du Tribunal civil de Dinan pour la même cause. Un moyen est en son pouvoir, appeler de ces jugements devant la Cour d'appel de Rennes, qui,

nécessairement, réformera l'un des deux jugements, fixera la juridiction compétente et mettra ainsi fin au conflit. Mais, **en** revanche, il peut arriver que l'appel ne soit d'aucune utilité, si les deux tribunaux ne font pas partie du ressort de la même Cour, ou si les décisions sont passées en force de chose jugée, il faudra avoir recours au règlement de juges.

Remarquons qu'à l'inverse du conflit positif, qui n'est plus possible quand l'une des décisions est passée en force de chose jugée, le règlement de juges devient, au contraire, possible, quant au conflit négatif, juste au moment où les décisions ne sont plus susceptibles d'aucun recours. Deux raisons peuvent être données, justifiant cette différence : la première, c'est que, tant que les décisions ne sont pas passées en force de chose jugée, on a l'espoir de pouvoir obtenir des juges supérieurs la désignation d'un Tribunal auquel on pourra s'adresser en toute sécurité ; la deuxième raison se tire tout naturellement de ce que, si l'on n'admettait plus le règlement de juges, on mettrait la partie dans une impossibilité perpétuelle de se faire rendre justice. La procédure de règlement de juges devra se poursuivre devant la Cour de cassation. C'est elle qui, à défaut de juridiction indiquée, est seule compétente. L'ordonnance d'août 1737 indiquait exclusivement la Chambre du Grand Conseil pour connaître de ces sortes d'affaires. Cette juridiction ayant été remplacée par la Cour de cassation et le Code n'ayant rien innové, c'est donc elle, et elle seule, en vertu des principes de l'ordonnance toujours en vigueur, sur ce point, qui est compétente en matière de conflit négatif.

Dans les deux chapitres qui vont suivre, nous allons nous occuper de deux voies de recours qui ont pour résultat de faire tomber l'arrêt rendu par une Cour. Leur étude ne fait en rien partie du programme que nous nous sommes tracé, mais nous ne pouvons la passer sous silence, car la Cour peut

être appelée à statuer sur chacune d'elles. La connaissance lui en est attribuée par les textes ; à ce point de vue, nous devons donc retenir ce qui peut rentrer dans la compétence des Cours d'appel.

CHAPITRE VIII

De la Requête civile.

La requête civile est une voie de recours extraordinaire ouverte aux parties en cause contre les arrêts, soit contradictoires, soit par défaut, non susceptibles d'opposition, qui leur causent préjudice, et ce, dans des cas limitativement déterminés par la loi. Les arrêts de nos Cours d'appel sont susceptibles de recours en cassation; faut-il conclure que ces deux voies, toutes deux extraordinaires, sont laissées au choix de la partie. Dans certains cas, la partie n'aura pas le choix. Si elle attaque l'arrêt pour dol, par exemple, ou si elle prétend qu'il a été rendu sur pièces reconnues fausses, la requête civile lui sera seule ouverte; mais nous lisons dans le n° 2 de l'art. 480 que la violation des formes prescrites à peine de nullité peut donner ouverture à requête civile. Or, c'est aussi un moyen de cassation (art. 3, L. 1^{re} décembre 1790, art. 66 de la constitution du 22 frimaire an VIII, L. 27 ventôse an VIII, art. 88). Il en est de même quand la Cour a statué *ultra petita*, s'il y a contrariété d'arrêts, etc. Cette question fort importante a été diversement résolue et un système s'en est tiré à bon marché en disant que l'on pouvait choisir librement entre ces deux voies; nous n'admettons pas ce système, et on concilie généralement les divers textes des lois citées de la façon suivante. L'inobservation des formes a-t-elle été invoquée par la partie au mépris de laquelle on les a violées? Il y a lieu à pourvoi en cassation et non à requête civile. Dans le cas contraire, il y a lieu à requête civile.

Dans la première hypothèse, les juges ont statué en toute connaissance de cause, et il est absolument inutile de revenir devant les mêmes juges pour leur faire rétracter ce qu'ils ont fait sciemment ; dans le second cas, il y a erreur, erreur qui a passé inaperçue ; mieux vaut, employer la voie réparatoire. Cependant, l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 indique certaines nullités de formes comme constituant, dans tous les cas, ouverture à cassation. Voyez sur ce point M. Chauveau (question 1741 ; Cass., 5 mars 1873 ; S., 73-1-407).

Le résultat de la requête civile a pour but de replacer les parties dans la même situation où elles se trouvaient avant l'arrêt attaqué : la procédure se divise en deux phases ; le rescindant ou première phase, dans laquelle l'arrêt est rétracté ; la deuxième phase, appelée rescisoire, a pour but de statuer de nouveau sur le litige : enfin, la requête civile, étant une voie de rétractation, a lieu devant la même Cour qui a rendu l'arrêt. Tels sont, esquissés à grandes lignes, les principaux caractères de la requête civile : il nous faudra tout à l'heure étudier de plus près ceux qui se rattachent à notre sujet.

Nous trouvons l'origine de la requête civile dans les « *restitutiones in integrum*. » La « *restitutio in integrum* » est portée devant le magistrat qui a jugé ou nommé le juge (L. 42 ; D., *De minoribus*, IV-4). Nous retrouvons également nos deux phases, le rescindant et le rescisoire (L. 46, § 3, *De procuratoribus*, III-3 ; L. 24 C., *De rei vindicatione*, III-32). Mais notre voie de recours tire son nom de la procédure de notre ancien droit. Il fallait, pour pouvoir attaquer un jugement, obtenir une autorisation spéciale du roi ; cette autorisation, que l'on appelait Lettres royaux, était délivrée à l'exposant sur requête par lui adressée en des termes res-

pectueux et ne devait contenir aucune expression injurieuse contre le jugement ; d'où le nom de lettre en forme de requête civile, appellation que prenaient aussi quelquefois ces autorisations. La procédure de requête civile fut réglée par l'ordonnance d'avril 1667 et les articles du Code de procédure ont leur origine dans le titre 35 de cette ordonnance.

La loi du 7 septembre 1790 supprima les chancelleries et avec elles disparurent les lettres royaux (art. 20). Une autre loi du 18 février 1791 sur la requête civile modifia un point de procédure ; nous y reviendrons. Puis, enfin, fut promulgué le titre II du livre IV du Code de procédure civile, entièrement consacré à la requête civile ; le législateur de 1808 a conservé le nom de l'ancienne procédure, nous verrons s'il a eu raison.

Sur la requête civile, nos explications se diviseront en trois paragraphes :

1^o Arrêts susceptibles d'être attaqués par voie de requête civile ;

2^o Procédure et compétence ;

3^o Effets de la requête civile.

§ 1^{er}. — *Arrêts susceptibles d'être attaqués par voie de requête civile.*

Tous les arrêts des Cours d'appel étant en dernier ressort, la requête civile est possible contre tous. Qu'ils soient contradictoires ou par défaut, préparatoires, interlocutoires, provisoires ou définitifs, peu importe la nature du jugement. Sur ce principe, quelques remarques :

1^o Quant aux arrêts par défaut, la voie de la requête civile n'est ouverte que lorsque les délais d'opposition sont expirés ;

2° On a élevé un doute, quant aux arrêts préparatoires; ils ne causent, dit-on, aucun grief; à quoi bon les attaquer par cette voie. Nous répondrons, et cette réponse pourra également être faite pour les arrêts d'expédients dont nous allons nous occuper ensuite, que l'art. 480 parle, en effet, d'une manière générale des arrêts contradictoires et par défaut : et, du reste, lors de la discussion de cet article devant le Tribunal, on substitua les mots « jugements et arrêts contradictoires » à ceux « jugements et arrêts définitifs, » qui figuraient au texte primitif. On admit, et cela par analogie à l'appel, que l'arrêt préparatoire ne peut être l'objet d'une requête civile qu'en même temps que l'arrêt définitif (art. 451, Proc. civ.);

3° Les arrêts d'expédients sont moins l'œuvre du juge que des parties, et, à ce titre, nous savons que les jugements de cette nature ne sont pas susceptibles d'appel; on avait également pensé qu'ils ne pouvaient être attaqués par voie de requête civile. Mais si la requête civile ressemble sur certains points à l'appel, elle présente avec lui des différences importantes. D'ailleurs, procéder par analogie est quelquefois dangereux; il faut, pour marcher plus sûrement, examiner la nature de la voie de recours dont on a à s'occuper. Cet arrêt d'expédient n'a-t-il pas pu être surpris par dol, n'a-t-il pas pu être rendu sur pièces fausses? Pourquoi alors empêcher la requête civile : les motifs qui font admettre la requête civile sont autres que ceux qui militent en faveur de l'appel. La requête civile est permise en toute matière : le Code n'a pas eu pour pensée de se prononcer sur la nature des affaires; il s'est uniquement préoccupé de la nature des arrêts (Proc. civ., 1026). Remarquons en passant que la requête civile ne sera possible que lorsque les parties auront renoncé à l'appel. L'art. 503 énumère un certain

nombre d'arrêts qui ne sont pas sujets à requête civile.
Ce sont :

1° L'arrêt qui a déjà été attaqué par cette voie, alors qu'on viendrait à reprendre la requête civile sur d'autres moyens non invoqués;

2° L'arrêt qui rejette la requête civile;

3° L'arrêt rendu sur le rescisoire, la sentence arbitrale rendue sur requête civile.

Les causes de requête civile sont limitativement énumérées par les art. 480 et 481 du Code de procédure civile. Ces causes sont les mêmes pour les arrêts comme pour les jugements : nous renvoyons purement et simplement à ces textes.

§ 2. — *Procédure et compétence.*

Nous étudierons les questions suivantes :

1° Formalités préalables à la requête civile;

2° Délais;

3° Tribunal compétent;

4° Instruction et jugement.

1^{re} QUESTION. — *Formalités préalables à la requête civile.* — La partie qui veut se pourvoir par requête civile doit au préalable obtenir consultation de trois jurisconsultes (art. 495, § 2), elle doit ensuite consigner une amende déterminée par l'art. 494.

2^e QUESTION. — *Délais.* — Ce sont les délais de l'appel (art. 483, 485 et 486).

3^e QUESTION. — *Quelle est la juridiction compétente?* — La requête civile est portée à la Cour même qui a rendu l'arrêt attaqué (art. 490). Cette voie de recours ne s'attaque

pas, en effet, directement à l'arrêt, elle ne met pas en cause l'ignorance, l'incapacité du juge; elle a simplement pour but de réparer des erreurs, des négligences de la partie demanderesse ou de faire constater la mauvaise foi dont se plaint une des parties vis-à-vis de l'autre. C'est du reste ce que disait déjà le jurisconsulte Hernogenien dans la loi 17 D., *De minoribus* IV-4, quand il refusait l'appel contre les sentences du préfet du prétoire et qu'il permettait la « *restitutio in integrum* » : « *Præfecti etiam prætorio ex sua sententia in integrum possunt restituere quamvis appellari ab his non possit. Hæc idcirco tam varie, quia appellatio quidem iniquitatis sententiæ querilam, in integrum vero restitutio erroris propriæ veniæ petitionem vel adversariæ circumventionis allegationem continet.* » C'est un moyen analogue à l'opposition: dans l'un on invoque le défaut pour demander au juge de se rétracter, dans l'autre on invoque certaines causes déterminées pour arriver à un résultat analogue, l'opposition a été créée pour les arrêts par défaut, la requête civile existe pour les arrêts contradictoires.

Si la requête civile doit être portée à la Cour qui a rendu l'arrêt attaqué, il va sans dire, qu'il n'est pas nécessaire que ce soit les mêmes conseillers ayant rendu l'arrêt, qui doivent statuer sur la requête civile; il suffit que l'affaire soit renvoyée à la même Chambre ou à la même section de Chambre, composée ou non des mêmes membres, suivant le roulement ou les besoins du service.

De ce principe que c'est la Cour elle-même qui doit connaître de la requête civile, nous pensons qu'aucune distinction n'est à faire entre les arrêts infirmatifs ou confirmatifs; les termes de notre article sont assez clairs pour ne pas donner lieu à difficulté. La Cour de cassation a eu

cependant occasion de se prononcer dans le sens que nous indiquons, le 15 mars 1852 (S., 52-1-635). Cette question ne méritait vraiment pas les honneurs de la Cour suprême.

Nous venons à l'instant de voir que la requête civile peut être principale ou incidente; cette distinction n'exerce aucune influence sur la compétence de la Cour; peu importe, en effet, la nature de la requête civile, ce sera toujours la juridiction dont on attaque la décision qui connaîtra de la requête civile, c'est ce qui résulte clairement de l'art. 491. Si une partie veut attaquer par la voie de la requête civile un arrêt produit dans une cause pendante en une Cour autre que celle qui l'a rendu, elle se pourvoira devant la Cour qui a rendu l'arrêt attaqué, et la Cour saisie de la cause dans laquelle est produit cet arrêt pourra, suivant les circonstances, passer outre ou surseoir.

C'est le juge lui-même qui doit connaître de la requête civile, peu importe qu'il ait statué en dernier ressort d'après la volonté des parties quand il aurait dû, d'après le droit commun, ne statuer qu'à charge d'appel. La requête civile devra dans ce cas être portée devant lui et non devant la Cour; n'oublions pas, en effet, que la requête civile est une voie de rétractation, que celui-là seul peut se rétracter qui a rendu la sentence attaquée; quelle compétence aurait la Cour, elle qui n'a pas connu du fond du litige? Comment apprécier l'erreur, découvrir la fraude, reconnaître la fausseté des pièces produites? Cette question résolue nous sert de transition pour aborder une exception importante à l'art. 490. Si, avons-nous dit, c'est le juge qui a rendu la sentence attaquée qui doit connaître de la requête civile, il ne saurait cependant en être ainsi pour une catégorie de juges; nous voulons parler des arbitres qui perdent leur caractère de juges aussitôt que leur mission est terminée;

ce sont des juges temporaires, ils ne peuvent donc pas, par la force même des choses, connaître de la requête civile portée contre leurs sentences; l'art. 1026 du Code de procédure a eu justement pour but de désigner la juridiction compétente, ce sera la juridiction qui eût été compétente pour connaître de l'appel, il suffit donc de se reporter à l'art. 1023 du même Code.

4° QUESTION. — *Instruction et jugement.* — La requête civile peut être principale ou incidente : nous n'insisterons pas sur ces qualificatifs.

Requête civile principale. — Elle s'introduit par assignation, nous dit l'art. 492. Mais, au seuil même de cette procédure, il s'élève une difficulté dont la solution nous a paru assez délicate, cette assignation doit être précédée d'une « requête civile. » Nous savons que sous l'ancien droit et c'est de là que notre procédure tire son nom, une requête civile devait être adressée aux chancelleries royales. Cette formalité subsiste-t-elle encore aujourd'hui? On a répondu non. Ce serait faire revivre les anciennes lettres de rescision abolies par la loi du 7 septembre 1790, et à quoi bon une requête puisque, dans tous les cas, le premier président serait obligé d'y répondre affirmativement.

Les divers textes de la requête civile, au lieu d'éclairer la question, la rendent plus obscure. Les art. 492 et 493 n'exigent, sans aucun doute, aucune requête; en disant que la requête civile sera « formée » par assignation, ils ont eu certainement en vue le premier acte de la procédure; quant à l'art. 483, il veut que la requête « soit signifiée. » L'art. 494 exige que les consignations aient lieu avant que la requête « soit présentée, » enfin, l'art. 496 parle également de la signification de la requête; il résulte évidemment

de la contradiction de ces textes que le législateur ne s'est nullement préoccupé de ce point qu'il nous faut donc pour lever la difficulté s'en rapporter aux anciens principes. Or, il n'est point douteux que le Code a suivi l'ordonnance de 1667; que s'il n'en a pas toujours reproduit les termes, il s'est laissé guider par son esprit. Or, cette ordonnance exigeait une requête civile (tit. XXXV, art. 6), nous pensons devoir aussi l'admettre aujourd'hui, d'autant plus que l'art. 78, § 2, du tarif accorde aux avoués des honoraires pour présentation de cette requête, et cet article ajoute dans le § 19 : « L'émolument pour prendre l'ordonnance est » compris dans la taxe. » Il nous semble donc bien difficile de ne pas admettre l'existence de cette requête qui sans doute n'est pas exigée à peine de nullité (art. 1030, P. civ.); l'absence de cette formalité ne rendrait pas l'assignation nulle. Il sera plus convenable de présenter requête au premier président; on ne s'exposera pas ainsi à des difficultés de procédure, c'est peut-être là le motif le plus sérieux et le plus sûr pour prendre ce dernier parti.

L'art. 495 énumère quelques particularités que doit contenir l'assignation; la signification a lieu suivant les distinctions de l'art. 496.

La requête civile incidente si elle a lieu devant la Cour qui est saisie de la demande principale, se produit par acte d'avoué à avoué; si elle a lieu devant toute Cour autre que celle saisie de l'instance dans laquelle on veut opposer l'arrêt qui va être attaqué, a lieu par assignation. L'art. 78, § 2, du tarif parle de la requête civile incidente, nous pensons que dans ces deux cas, il faut également adresser requête au magistrat compétent.

L'instruction n'offre rien de particulier, sinon que l'on ne peut invoquer que les moyens renfermés dans la consultation

(art. 499) et nous arrivons à l'arrêt. Ou bien l'arrêt rejette la requête civile, tout est alors désormais bien fini (art. 503), ou la requête est admise; alors la Cour rétracte son arrêt et elle replace les parties dans le même état où elles se trouvaient avant la décision annulée, les parties doivent se restituer tout ce qu'elles ont reçu les unes des autres (art. 501, § 1^{er}).

C'est le rescindant, mais il va falloir qu'une nouvelle décision intervienne sur le fond, c'est la phase du rescisoire. A la différence de l'opposition où le rescindant et le rescisoire peuvent être cumulés, la requête civile ne statue pas sur le fond, il faut un arrêt séparé, et le cumul est interdit, art. 501, 502. M. Chauveau, pour le cas où la requête civile est fondée sur des moyens tirés du fond, pense que le rescindant ne peut être jugé sans qu'on examine le rescisoire, le cumul dans ce cas est permis. La généralité de nos articles ne nous permet pas d'accepter cette solution, qui peut être très équitable mais qui ne nous semble pas légale. La différence avec l'opposition provient de la façon dont la procédure est engagée. Dans la procédure d'opposition, le demandeur conclut immédiatement à un nouveau jugement sur le fond; la requête civile, au contraire, ne vise pas ce but, et la partie conclut simplement à la rétractation de l'arrêt et demande par voie de conséquence à ce qu'elle soit remise dans le même état où elle se trouvait avant cette décision; il y a donc deux instances bien distinctes, le rescindant et le rescisoire, art. 501, § 1^{er}, sauf dans un cas cependant, quand il s'agit de contrariété d'arrêts. Si l'un des arrêts est rétracté, l'autre se trouve implicitement maintenu, et les juges ordonnent immédiatement que ce jugement sera exécuté selon sa forme et teneur.

Le rescisoire, donne, comme nous venons de le dire, lieu à une instance séparée. Devant quelle Cour sera-t-il porté?

L'art. 22 de notre titre dans l'ordonnance de 1667, voulait que le rescisoire fût porté en la Cour qui avait jugé la requête civile, et il en fut ainsi jusqu'à une loi du 16 février 1791. D'après l'art. 2 de cette loi, les parties ne pouvaient porter le rescisoire ni au Tribunal, dont le jugement en dernier ressort avait été annulé par l'admission de la requête civile, ni à celui qui l'avait admise (la requête civile était en effet assimilée à l'appel, et devait, comme cette voie de recours, être portée à un tribunal différent de celui qui avait rendu la sentence attaquée), et comme on se trouvait sous le système des appels circulaires, on avait le choix entre sept tribunaux désignés pour porter le rescisoire devant l'un d'eux. Cette loi avait été inspirée par la crainte que les juges ne puissent avoir une prévention contre la partie qui avait fait annuler leur décision. L'art. 502 du Code de procédure est revenu avec raison au système de l'ordonnance de 1667.

L'erreur commise en 1791 venait de ce que l'on avait assimilé sur tous points la requête civile à l'appel, nous avons vu que les causes qui font admettre ces deux voies de recours, sont complètement différentes. Les juges qui ont statué déjà sur le fond sont compétents pour le juger à nouveau; aucune raison ne vient permettre de suspecter leur indépendance et c'est au contraire avec la plus grande impartialité qu'ils le jugeront de nouveau. Le fond se représentera devant eux sous une face nouvelle qui leur permettra de rendre une solution peut-être identique à la première, mais en plus grande connaissance de la cause. C'est, bien entendu, la Chambre de la Cour qui a connu du rescindant qui connaît du rescisoire.

M. Chauveau (question 1795) se pose l'hypothèse suivante : Une Cour d'appel rejette une requête civile, pourvoi en cassation qui casse l'arrêt, et renvoie devant une autre

Cour qui, elle, admet la requête civile; devant laquelle de ces deux Cours sera porté le rescisoire? Sera-ce devant la Cour qui avait refusé la requête civile? Sera-ce, au contraire, devant la Cour de renvoi? C'est, dit cet auteur, devant la Cour de renvoi, l'art. 502 dit, en effet, que le fond sera porté au même Tribunal qui aura statué sur la requête civile, et la Cour de cassation s'est en effet prononcée plusieurs fois en ce sens qu'approuvent également plusieurs auteurs. Cette solution nous paraît conforme aux principes; la Cour de renvoi est saisie de la contestation entière, et si le rescisoire et le rescindant forment deux instances, ils sont liés cependant entre eux par un lien intime qui ne permet pas de les séparer. Le jugement qui statue sur la requête civile est forcément toujours rendu en dernier ressort et ce pour deux raisons :

1° Parce que le jugement susceptible d'être attaqué par cette voie de recours est toujours en dernier ressort;

2° Parce que la requête civile admise ayant remplacé les parties dans le même état où elles se trouvaient avant ce jugement, la décision à intervenir sera elle-même en dernier ressort.

§ 3. — *Effets de la requête civile.*

De ce que cette voie est une voie de recours extraordinaire, elle ne produit ni d'effets dévolutifs ni d'effets suspensifs. Par contre, elle porte atteinte à l'autorité de la chose jugée, puisque ce sont les jugements qui ont acquis cette autorité, et les arrêts qui peuvent seuls être attaqués par cette voie exceptionnelle.

Pour terminer, comparons l'appel et la requête civile, ces deux voies de recours ont entre elles de grandes ressemblances :

- 1° Au point de vue des délais qui sont les mêmes ;
- 2° Quant au recours contre les décisions préparatoires ;
- 3° Quant aux parties qui peuvent user de ces recours.

Mais les différences sont importantes :

1° Les décisions susceptibles d'appel ne sont jamais susceptibles de requête civile ;

2° Les causes de requête civile sont limitativement indiquées par la loi : il n'est pas nécessaire que l'on fasse connaître les griefs d'appel ;

3° Les effets de la requête civile sont diamétralement opposés à ceux de l'appel ;

4° Enfin, l'appel se porte devant le Tribunal supérieur à celui qui a rendu la sentence que l'on attaque : la requête civile, au contraire, se porte toujours devant le Tribunal lui-même, qui a rendu la décision attaquée.

CHAPITRE IX

De la Tierce opposition.

Nous venons d'étudier une voie de recours extraordinaire, qui permet aux parties en cause de faire rétracter un arrêt surpris par erreur ou par dol ; ne quittons pas les voies de recours dont la Cour d'appel peut connaître, sans dire quelques mots d'une voie qui est ouverte aux tiers pour s'opposer à l'exécution d'une décision judiciaire qu'on veut leur opposer. Il ne nous appartient pas de discuter les nombreuses théories qui ont combattu, qui ont même nié la théorie de la tierce opposition, qu'il nous suffise de dire simplement que le tiers auquel on oppose un arrêt, un jugement, peut attendre qu'on l'exécute contre lui ; dans ce cas, il répondra par une fin de non-recevoir tirée de l'art. 1351 du Code civil, ou bien s'il ne veut pas attendre, parce qu'il a des craintes que le préjudice causé par l'exécution de la décision ne soit irréparable, il peut l'attaquer tout de suite en employant la tierce opposition. Cette voie de recours est donc facultative, nous voulions arriver à ce point, car nous en tirerons un peu plus tard une conséquence importante.

La tierce opposition est ouverte aux tiers, c'est-à-dire à ceux qui n'ont été ni parties ni représentés à l'instance : le résultat sera d'empêcher l'exécution d'un arrêt ou d'un jugement qui causerait préjudice à la partie restée étrangère à l'instance ; cette voie de recours repose sur ce principe d'équité, que nul ne peut être condamné sans avoir été entendu dans ses moyens de défense. Nous connaissons par avance

l'art. 474 qui consacre la possibilité de la tierce opposition, et qui énumère les conditions qui la rendent possible, nous le résumons en deux mots : être un tiers, et éprouver un préjudice par l'exécution de la sentence. Cette voie permet également aux ayants cause d'une des parties au procès de faire rétracter la décision intervenue entre leur auteur et un tiers, lorsque cette décision est le résultat d'un concert frauduleux entre les parties litigantes.

La seule question qui nous intéresse sur cette voie de recours est celle de savoir quelle juridiction est compétente pour en connaître; nous y arrivons de suite.

La tierce opposition peut être principale ou incidente, occupons-nous tout d'abord de la tierce opposition principale. Cette tierce opposition est portée devant la Cour qui a rendu l'arrêt que l'on veut faire rétracter, art. 475. Il s'agit, en effet, de déterminer l'étendue d'application de cet arrêt, de le modifier partiellement, quels magistrats seraient mieux à même de remplir cette office? La solution de la loi se justifie à un autre point de vue; il s'agit d'entendre une partie qui n'avait pas été appelée au premier procès; cela n'a rien d'irrespectueux pour le juge, la partie n'est pas en faute et elle ne critique nullement sa sentence, peut-être que si elle avait été présente lors des premiers débats, le juge eût statué autrement. C'est donc la Cour qui connaîtra de la tierce opposition, que l'arrêt soit infirmatif, ou soit confirmatif. Des doutes ont cependant été élevés dans ce dernier cas, et l'on a dit avec un semblant de raison : mais lorsque le jugement a été confirmé, l'appellation a été mise à néant, il ne reste plus que le jugement qui, un moment paralysé, a acquis une nouvelle force, c'est donc contre lui, et contre lui seul, que l'on doit former tierce opposition; et, par conséquent, c'est au Tribunal qui a rendu le jugement que l'on doit

recourir. Ce principe néglige trop, à notre sens, l'arrêt de la Cour, car si cette juridiction a confirmé le jugement, sa décision ne doit pas être tenue pour une garantie négligeable, elle produit certains effets, elle entraîne la condamnation aux dépens et à l'amende, elle ne peut être interprétée que par la Cour. D'ailleurs, il est admis que les juges d'appel qui adoptent les motifs des premiers juges s'approprient ces motifs, et l'arrêt à la vérité se substitue au jugement, seulement l'exécution en est renvoyée au Tribunal, nous pensons donc que la tierce opposition doit être toujours portée devant la Cour qui a rendu l'arrêt (Cass., 21 juillet 1882, S., 84-1-259).

La tierce opposition incidente ne jouit pas de la compétence d'une juridiction unique ; le législateur fait une distinction :

1° Si la demande principale, au cours de laquelle s'élève la tierce opposition est pendante devant le Tribunal même qui a rendu l'arrêt, pas de difficulté : c'est ce Tribunal qui connaîtra de la tierce opposition ; 2° Si, au contraire, la décision contre laquelle on veut former tierce opposition émane d'un Tribunal autre que celui devant lequel l'instance est pendante, il faut alors rechercher si ce Tribunal est supérieur ou inférieur à celui dont on attaque la décision. S'il est supérieur ou égal, il est alors compétent pour connaître de la tierce opposition. La loi a voulu éviter la multiplicité des juridictions, par là elle a également écarté les lenteurs et les frais inutiles. Si, au contraire, ce Tribunal est inférieur, la tierce opposition doit être portée devant le Tribunal qui a rendu la sentence. Mais, à quoi bon cette distinction, en ce qui nous concerne, les Cours d'appel n'ont qu'une seule juridiction qui leur soit supérieure, c'est la Cour de cassation. Or, cette dernière Cour admet elle-même que ses arrêts ne sont pas susceptibles de tierce opposition (Cass., 17 janvier 1870 ; S., 70-1-121), donc, les Cours d'appel pourront toujours

connaître des tierces oppositions qui s'élèveront incidemment devant elles. Les art. 475 et 476, dont nous avons extrait cette règle, oublient cependant une autre condition, et il est de notre devoir de suppléer au silence de la loi. Il faut pour que ce principe soit exact que la Cour et l'autre Tribunal dont on attaque la sentence soient de même ordre. Nous nous expliquons : Si, par exemple, devant une Cour d'appel vous produisez, au cours d'une instance, une décision d'un Tribunal administratif et que votre adversaire déclare y former tierce opposition, la Cour devra renvoyer la partie à se pourvoir devant le Tribunal compétent, car on ne peut présumer que le législateur ait permis à une juridiction de violer les règles de sa propre compétence. La Cour, quand le renvoi aura lieu, pourra, du reste, surseoir à l'arrêt, mais elle pourra aussi passer outre.

Il nous faut, en terminant, examiner une question qui se rattache à notre sujet, en ce qu'elle met en cause le principe du double degré de juridiction et soulève, par suite, la question de savoir si telle décision est susceptible d'appel. Cette question est examinée par Merlin, dans ses questions de droit (v^o, tierce opposition, § 2). Le célèbre auteur suppose que deux parties sont devant un juge de paix qui rend un jugement en premier ressort, l'une des parties interjette appel devant le Tribunal et la sentence est infirmée; survient, ensuite, un tiers qui forme tierce opposition au jugement infirmatif; le jugement qui statue sur la tierce opposition sera-t-il en premier ou en dernier ressort? L'auteur examine les différentes solutions qui peuvent se présenter :

1^o Si l'on admet que le jugement qui statue sur la tierce opposition est susceptible d'appel, ce sera la Cour qui devra connaître de cet appel; or, ceci n'est pas possible pour deux raisons : Parce qu'on ferait subir à la cause trois degrés de

juridiction, et parce qu'on soumet à cette juridiction un litige dont elle n'aurait jamais dû connaître, puisqu'il est de la compétence du juge de paix ;

2° Va-t-on juger en dernier ressort ? Mais on va priver le tiers du double degré de juridiction auquel il a droit, puisque le fond du litige est, lui-même, susceptible d'appel ;

3° Enfin, si on ne veut pas priver ce tiers du double degré de juridiction ; si, d'un autre côté, on ne peut porter l'appel à la Cour, retournons devant le juge de paix ; mais, ici encore double difficulté : 1° On viole l'art. 475 qui veut que la tierce opposition soit portée devant le Tribunal ou la Cour qui a rendu la décision ; 2° On ferait reviser par un juge inférieur la décision d'un juge supérieur et notre auteur, ne voyant comment sortir de cette question, conclut en disant qu'il faut accepter la difficulté la moins grave, c'est-à-dire que le jugement devra être rendu en dernier ressort. La décision de M. Merlin est exacte, mais nous ne l'appuierons pas sur les mêmes motifs.

Supposons, en effet, que la tierce opposition soit formée contre un arrêt ; personne ne soutiendra que l'arrêt qui interviendra sur la tierce opposition soit rendu en premier ressort, ce serait un non-sens juridique. Eh bien ! pourquoi n'en serait-il pas de même de la tierce opposition formée contre un jugement rendu par le Tribunal civil, jugeant comme juge d'appel ; est-ce que la situation n'est pas la même ? Pourquoi des principes différents ? Le jugement du Tribunal civil et l'arrêt de la Cour ont la même force juridique, et l'une des juridictions remplit les mêmes fonctions que l'autre ; c'est la valeur du litige qui fixe seule leur compétence, et il ne faudra nullement s'attacher à la valeur du litige que peut soulever la tierce opposition, aussi faut-il repousser le système de M. Carré qui consiste à dire que le jugement sur tierce opposition sera

en premier ou en dernier ressort, suivant la valeur du litige à vider (Cass., 29 novembre 1820). La tierce opposition est, comme nous l'avons dit, facultative; celui qui y a recours, s'il en accepte les avantages, doit, en même temps, en supporter les inconvénients, et il doit, notamment, subir la prorogation de juridiction que commande la loi; peu importe que, comme défendeur, il aurait eu à repousser une demande qui aurait joui du double degré de juridiction; encore, une fois, il a choisi une voie, il en supportera tous les inconvénients (*contra*, Ravenel, p. 102).

DEUXIÈME PARTIE

DE LA JURIDICTION GRACIEUSE

Nous avons étudié successivement les différentes matières qu'une Cour d'appel peut être appelée à juger, soit en dernier ressort, soit en premier et dernier ressort. Nous avons épuisé par là sa juridiction contentieuse; mais nous savons qu'à côté de la juridiction contentieuse qui met fin à un procès existant entre plusieurs parties, dans laquelle les magistrats jugent au sens propre du mot; il en existe une autre qui n'a pas pour but de trancher aucun différend, mais dont l'utilité est simplement d'homologuer certains actes importants, de leur donner l'existence légale; c'est la juridiction volontaire ou, encore, la juridiction gracieuse, les Cours d'appel ont, comme toute juridiction, une juridiction contentieuse que nous connaissons, et une juridiction gracieuse qu'il nous faut maintenant étudier. Les principaux caractères de la juridiction gracieuse sont l'absence de débats contradictoires, par suite l'absence d'adversaire. La présence du demandeur est seule requise, il sollicite et le juge accorde ou refuse; aussi, si les décisions contentieuses sont susceptibles de voies de recours, les décisions gracieuses, quelquefois appelées improprement jugements, ne peuvent jamais être attaquées, parce qu'elles

ne lèsent les intérêts de personne. Trois matières rentrent dans la juridiction gracieuse de la Cour :

1° L'adoption ;

2° La réhabilitation en matière de faillite ;

3° Les demandes en rectification des actes de l'état civil ;

Le premier président a aussi une juridiction gracieuse. dans le cas de l'art. 382.

Nous consacrons un chapitre à chacune de ces matières.

CHAPITRE I^{er}

De l'Adoption.

Loin de nous la pensée d'étudier les diverses questions qui peuvent naître au sujet de l'adoption et de décrire la procédure qu'elle comporte, procédure qui offre cette particularité qu'il faut s'adresser à trois degrés de juridictions pour qu'elle soit régulière. Nous nous contenterons de dire tout simplement que l'adoption s'opère au moyen d'une transcription faite sur les registres de l'état civil du domicile de l'adoptant, d'un contrat passé devant le juge de paix, homologué par le Tribunal civil et confirmé par la Cour.

C'est de l'arrêt de la Cour dont nous nous occuperons exclusivement.

La demande d'adoption s'introduit devant la Cour, par requête adressée à ses membres. En vertu d'une ordonnance de soit communiqué, rendue par le premier président, le procureur général est saisi du dossier; puis, en Chambre du Conseil, le ministère public donne ses conclusions, et après délibéré, la Cour rend son arrêt.

Il faut, ici, distinguer si l'arrêt admet ou refuse l'adoption.

Si l'arrêt admet l'adoption, il est rendu à l'audience publique, mais non en audience solennelle. Si, au contraire, l'arrêt refuse l'adoption, il est rendu en Chambre du Conseil, et ce, à peine de nullité; la loi n'a pas voulu, en effet, que le refus du juge pût porter atteinte à la considération, à l'honneur des parties; aussi, est-ce pour ce motif que le Tribunal

doit toujours statuer en Chambre du Conseil, car s'il admet l'adoption, il n'est pas certain que la Cour rendra sa décision dans le même sens.

L'arrêt peut donc refuser l'adoption ; il peut en ce cas être attaqué par l'adoptant ou l'adopté. Il peut, au contraire, admettre l'adoption, et certaines personnes telles que les héritiers peuvent-elles se pourvoir contre cette décision ?

De ce que la Cour ne statue qu'en vertu de sa juridiction gracieuse, il ne faut admettre en principe aucune voie de recours et cette décision s'impose d'autant plus que la loi défend de motiver ces sortes de décisions ; comment peut-on savoir si la loi a été violée (art. 356 et 357 du C. civ.). Ni l'adoptant, ni l'adopté, ni leurs héritiers ne pourraient se pourvoir en cassation contre une adoption valablement prononcée ou refusée. Cependant, si un vice de forme existait dans la procédure, nous admettrions sans difficulté le pourvoi. C'est, par exemple, un arrêt qui confirme un jugement, en disant qu'il y a lieu à adoption, prononcé en Chambre du Conseil. Cet arrêt est radicalement nul et la partie qui aurait à s'en plaindre pourrait certainement se pourvoir devant la Cour suprême ¹. Mais c'est le seul cas que nous admettons et que les parties aient à critiquer cette décision, elle sera désormais inattaquable.

Le jugement homologuant l'adoption ou la refusant n'est pas, pour les mêmes raisons, susceptible d'appel, pas plus que l'arrêt n'est susceptible de pourvoi en cassation. L'art. 357, qui exige pour l'adoption l'intervention de la Cour, n'entend pas parler d'un véritable appel, il veut simplement que cette juridiction vienne de nouveau vérifier si toutes les conditions

1. Le pourvoi dans ce cas sera rare, car les parties n'auront jamais intérêt à faire casser l'arrêt. Nous ne nous occupons que des parties ; nous verrons tout à l'heure comment les tiers peuvent attaquer l'adoption.

sont remplies, s'il est convenable que l'adoption soit prononcée, et l'adoption n'est définitivement accordée ou refusée que lorsque la Cour a rendu son arrêt. Aussi, peut-il arriver que des deux juridictions, l'une refuse et l'autre accorde l'adoption. Prenons le cas, si l'on veut, où l'adoption n'est pas homologuée par le Tribunal, l'adoptant pourra saisir la Cour, parce que la loi veut expressément que son consentement ou son refus soit obtenu, non en qualité de juridiction supérieure, mais simplement comme troisième juridiction devant prendre part à cet acte. L'art. 357 ne distingue pas entre le cas où l'adoption est accordée de celui où elle est refusée.

Pour les mêmes raisons, la requête civile et la tierce opposition ne seront possibles. Cette proposition nous conduit à préciser un point que nous n'avons à dessein fait que signaler. Nous avons, en effet, circonscrit nos explications à l'adoption « valablement prononcée. »

L'adoption peut être entachée de certains vices, notamment l'absence de consentement de l'adoptant, ou de l'adopté, ou bien un consentement obtenu par violence ou surpris par dol. Toutes les qualités exigées chez l'adoptant ne sont pas remplies, ou encore l'adoption a été consentie malgré le défaut de consentement de tiers, consentement requis par la loi. Comment alors pourra-t-on faire annuler l'adoption? Bien des systèmes ont été présentés : pour les parties, on leur a permis de faire opposition à l'arrêt ou de se pourvoir par requête civile; on a donné aux tiers la tierce opposition, voire même le pourvoi en cassation. Toutes ces opinions doivent être rejetées, elles ont toutes un point de départ erroné, elles considèrent comme produisant l'adoption, comme la prononçant, l'arrêt de la Cour; alors, on permet la requête civile pour la faire rétracter : on enseigne même l'opposition de la part de

la partie qui demande la nullité comme s'il s'agissait d'un arrêt de défaut. S'agit-il de tiers, on leur accorde la tierce opposition et même le pourvoi en cassation comme aux parties en cause. L'adoption est un contrat civil, solennel, qui se conclut devant le juge de paix, puis, vu son importance, les conséquences graves, les intérêts sociaux qui en découlent, la loi exige le contrôle de la justice. Ce n'est pas, comme le croient les partisans des autres systèmes, l'arrêt qui produit l'adoption, c'est l'échange de consentement devant le magistrat de paix. L'adoption ne consiste pas dans le simple prononcé de l'arrêt mais bien dans le contrat homologué par l'arrêt.

On parle de jugement et d'arrêt, mais ici ces termes ne sont employés que parce qu'aucune autre expression ne peut mieux dépeindre la volonté du législateur. Le jugement ou l'arrêt mettent fin à un débat, mais ici il y a-t-il débat? il y a-t-il procès? Non, on demande simplement à la justice d'homologuer, d'approuver un contrat que les parties viennent de passer entre elles; si l'on s'adresse à la justice, ce n'est pas pour vider un débat, une contestation qui n'ont jamais existé entre l'adoptant et l'adopté, c'est tout simplement pour remplir les volontés du législateur. Or, puisque c'est un contrat, l'adoption ne peut être attaquée que par les voies ordinaires que l'on emploie pour attaquer les autres contrats, c'est-à-dire par action principale en nullité. Dans tous les cas, il faut procéder par action principale, même quand ce sont les héritiers qui contestent l'adoption et alors même qu'ils auraient déposé le mémoire exigé par l'art. 360. D'après nos adversaires, ces héritiers deviendraient, après ce dépôt, parties à l'instance, et pourraient, d'après eux, se pourvoir en cassation. Mais, encore une fois, l'arrêt qui adopte n'est pas motivé et nous savons d'autre part que la Cour a un pouvoir discrétionnaire des plus larges et sans contrôle

possible. Cette demande est susceptible d'appel suivant le droit commun, mais, comme il s'agit d'une question d'état, elle devra être jugée en audience solennelle ¹.

1. Cette théorie est vraie alors que la nullité porterait sur la forme, par exemple : prononcé de l'arrêt admettant l'adoption, en Chambre du Conseil. Les tiers pourront demander la nullité de l'adoption pour inobservation d'une formalité substantielle.

CHAPITRE II

Des demandes en réhabilitation des faillis.

La faillite crée chez le commerçant deux sortes d'incapacités complètement différentes : les unes affectant l'individu commerçant lui-même, telle que la défense de faire aucun commerce, le dessaisissement de l'administration des biens, les autres se rapportent à l'individu civil et politique. Nous en trouvons des exemples dans les lois qui régissent l'électorat et l'éligibilité (L. du 10 août 1871, art. 7; L. du 9 décembre 1884, art. 4; L. du 5 avril 1884, art. 14 et 32; Constitution du 22 frimaire an VIII, tit. 1^{er}, art. 5; Décret, loi du 2 février 1852, art. 15, 17 et 27). Il ne peut être témoin instrumentaire dans un acte notarié (L. du 25 ventôse an XI, art. 9), excepté dans un testament (C. 980, Cass., 10 mars 1829). Enfin, terminons cette énumération fort incomplète en disant qu'il ne peut être ni électeur, ni éligible aux tribunaux de commerce (art. 2-8^o et 8, L. du 8 décembre 1883) qu'il ne peut se présenter à la Bourse (art. 614, C. com.).

Ces incapacités, ayant une origine commune mais un but différent, peuvent cesser séparément et l'on peut dire que, si les incapacités commerciales cessent par le concordat, si le failli est remis à la tête de ses affaires, s'il reprend l'administration de ses biens, il ne recouvre pas pour cela la plénitude des droits civils et politiques, et il lui reste à demander autre chose : sa réhabilitation. Nous passerons sommairement en revue les questions suivantes :

- 1° Conditions pour qu'il y ait lieu à réhabilitation ;
- 2° Par qui elle peut être demandée ;
- 3° Procédure ;
- 4° Effets de la réhabilitation.

1^{re} QUESTION. — *Conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu à réhabilitation.* — L'état de déchéance dans lequel se trouve le failli est une pénalité, une conséquence des pertes qu'il a fait subir à ses créanciers ; aussi doit-il subsister tant que ce préjudice n'est pas réparé, c'est ce que dit l'art. 604 du Code de commerce : « Le failli qui aura intégralement acquitté en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues, pourra obtenir sa réhabilitation. »

Le principal ou le capital. Quel que soit d'ailleurs le mode d'extinction de la dette, paiement, dation en paiement, compensation, confusion, il faut, en un mot, que le créancier reçoive un équivalent de sa créance, mais ne constitue pas une extinction suffisante pour donner lieu à la réhabilitation, car elle ne donne jamais une satisfaction réelle au créancier, la remise de la dette, soit totale, soit partielle, la novation, car si elle éteint la dette, elle n'en fait pas pour cela disparaître le principe, elle en substitue une nouvelle à l'ancienne, enfin, la prescription libératoire.

Les intérêts doivent également être payés intégralement, on doit comprendre par là les intérêts conventionnels, les intérêts moratoires, comptés jusqu'au jour du paiement du capital. Car, si les intérêts ne courent pas vis-à-vis de la masse pour ne pas créer à certains créanciers une situation privilégiée ou pour ne pas imposer de trop lourdes charges à celle-ci, ils n'en continuent pas moins de courir contre le débiteur failli, sans cela la faillite serait un mode de libération bien commode pour s'affranchir des intérêts.

Frais. — On entend par là les frais qui ont été nécessités par la faillite, frais de justice, frais de syndicat, etc.

2^e QUESTION. — *Qui peut demander la réhabilitation?* — Tous les faillis, telle est la règle générale, mais empressons-nous de dire que les exceptions absorbent la règle.

1^o Le failli concordataire, alors qu'il a payé partiellement ses créanciers en monnaie de dividende, ne peut être admis à la réhabilitation, car justement le concordat repose sur une remise partielle de la dette, de la part des créanciers.

2^o L'art. 612 contient, en outre, l'énumération d'un certain nombre d'individus qui ne peuvent également demander leur réhabilitation. Ce sont :

1^o Les banqueroutiers frauduleux ;

2^o Les faillis condamnés pour vol, escroquerie ou abus de confiance ;

3^o Les stellionataires ;

4^o Les tuteurs administrateurs ou autres comptables qui n'auront pas rendu et soldé leurs comptes ;

Le banqueroutier simple est admis à la réhabilitation, à condition qu'il ait subi la peine à laquelle il aura été condamné.

Ainsi donc, tout failli, à la condition qu'il ait payé intégralement tous ses créanciers, peut être admis au bénéfice de la réhabilitation, peu importe que ce soit lui ou un tiers qui ait acquitté les dettes, pourvu, toutefois, que le tiers qui a payé ne se soit pas fait subroger dans les droits des créanciers désintéressés ; il y aurait novation par changement de créancier.

3^e QUESTION. — *Procédure.* — La demande en réhabilitation s'introduit par simple requête adressée à la Cour dans le ressort de laquelle le failli est domicilié, avec pièces justi-

fiant sa libération entière. Cette requête est suivie d'une ordonnance de soit communiquée du premier président au procureur général, lequel prescrit certaines mesures de publicité, afin que la Cour puisse statuer en connaissance de cause. A cet effet (art. 606), le procureur général adresse les expéditions de cette requête au procureur de la République et au président du Tribunal de commerce du domicile du demandeur, et, si celui-ci a changé de domicile depuis la faillite, au procureur de la République et au président du Tribunal de commerce de l'arrondissement où elle a eu lieu. Ces deux magistrats sont chargés de recueillir tous renseignements utiles. Cette requête est alors affichée dans l'auditoire de chaque Tribunal, à la mairie, à la bourse, et est insérée par extrait dans les journaux (art. 607). L'art. 608 permet à tout créancier non désintéressé de faire opposition. La forme de l'opposition est une simple déclaration de greffe; une opposition formulée par lettre ne suffirait pas (Orléans, 10 juillet 1884; G. P., 84-2-378). Le délai de deux mois, pour faire opposition, n'est pas un délai de rigueur (Pau, 19 avril 1853; S., 53-2-439), elle peut être formée jusqu'au prononcé de l'arrêt. Le délai de deux mois expiré, les divers renseignements sont transmis au parquet général et le procureur général près la Cour saisit la première Chambre de l'affaire. Il est à remarquer que, d'après les termes de l'art. 610, ce n'est pas le failli lui-même qui demande sa réhabilitation, mais bien le chef du parquet. L'arrêt est rendu en audience ordinaire. La Cour, en connaissant de la réhabilitation, ne juge pas, elle relève simplement le failli des déchéances qu'il encourt par l'effet même de la faillite, et elle le fait en le réhabilitant; pour cela, elle examine les pièces qui lui sont fournies, les quittances qui lui sont présentées; elle en juge la sincérité, elle reste souverain appréciateur

de leur loyauté (Cass., 19 juin 1857 ; S., 58-1-679). Cette appréciation, d'ailleurs, toute de fait, ne saurait nullement faire l'objet d'un pourvoi en cassation et cette voie ne saurait être ouverte au failli qui verrait sa requête rejetée, car il n'est pas partie ; ce n'est pas lui qui poursuit sa réhabilitation ; il en est de même des créanciers opposants et l'art. 608 prend même le soin de dire qu'ils ne sont jamais parties à l'instance. Pas de tierce opposition, car, encore une fois, la Cour statue, ici, en vertu de sa juridiction gracieuse, il n'y a pas procès, il y a un droit dont use le failli. Le pouvoir discrétionnaire porte donc sur la question de savoir si le failli a payé toutes ses dettes. Si la Cour décide l'affirmative, elle ne peut pas ne pas prononcer la réhabilitation, car la réhabilitation est un droit pour le failli.

Ceci posé, l'arrêt peut prononcer la réhabilitation ; dans ce cas, une publicité spéciale est édictée par l'art. 611, nous y renvoyons. Si la réhabilitation est refusée, tout n'est pas perdu pour le failli, il pourra présenter une nouvelle requête, mais, pour que la Cour ne soit pas saisie continuellement de demandes successives de réhabilitation de la part du même auteur, la loi impose un intervalle d'un an entre chaque requête.

4^e QUESTION. — *Effets.* — En dehors de la cessation des incapacités du failli, incapacités que n'aurait pas fait cesser le concordat, la réhabilitation produit deux autres conséquences remarquables, toutes deux relatives au jugement déclaratif de faillite :

1^o Le jugement qui rétracte sur opposition un jugement par défaut, déclaratif de faillite, ou l'arrêt qui réforme ce jugement pour cause de paiement intégral des créanciers, sont, suivant nous, des jugements sans valeur, et le débiteur

failli qui, durant les délais d'opposition ou d'appel, paye tous ses créanciers pour être remis à la tête de ses affaires et recouvrer sa pleine capacité, doit recourir nécessairement à la procédure de réhabilitation; nous estimons, en effet, que le juge d'appel doit, comme le juge de première instance, se placer au jour de la demande pour former sa religion. Or, à ce jour, le failli était en réalité dans l'état de cessation de paiements, le jugement était bien rendu; on introduit, en quelque sorte, une demande nouvelle, si, sur opposition ou sur appel, on prétend que tous les créanciers sont désintéressés; il y a là un principe de droit violé, à savoir qu'un Tribunal, pas plus qu'une Cour, ne peuvent statuer sur ce qui n'a pas été demandé dans l'exploit introductif d'instance; c'est cet acte qui ouvre le débat, qui le circonscrit dans des limites bien déterminées. Or, que pouvait-on demander? Simplement la déclaration de faillite, parce que le débiteur n'a pas payé ses créanciers; le Tribunal ne pouvait statuer que sur cette demande, la Cour pouvait seulement connaître de son bien ou de son mal fondé. Peu importe que pendant le procès l'état de choses soit changé. Et est-on bien sûr que tous les créanciers soient désintéressés? Le failli ne peut-il pas profiter de l'éloignement de certains créanciers dont il a soigneusement caché les noms, qui peuvent ignorer la déclaration de faillite, pour se faire relever immédiatement de cet état et reprendre ses affaires. Ce serait un résultat qui serait certainement contraire aux préoccupations constantes du législateur en cette matière.

Nous ne saurions donc trop nous élever contre cette jurisprudence dont les moyens, reposant sur l'équité, sont, sans doute, fort respectables, mais sont avant tout anti-juridiques. Parce qu'il n'y a plus de cause en appel pour que la faillite soit maintenue, il n'en résulte pas que le jugement déclaratif

ait commis d'erreur et qu'il doive être réformé; et nous reculons vraiment devant les conséquences d'un arrêt infirmant pour ce motif un jugement du Tribunal de commerce, et faisant disparaître, avec un peu trop de célérité peut-être, les effets si graves de la faillite.

Voyez, dans le sens de notre opinion (Paris, 3 août 1891; G. P., 91-2-475; Paris, 26 novembre 1888; G. P., 89-1-26). Dans le sens opposé (Paris, 29 novembre 1888; G. P. 89-1-649; Orléans, 14 février 1885; G. P., 85-1-425). Comme on le voit, la Cour de Paris est, elle-même, divisée sur cette question, tandis que la deuxième Chambre persiste, dans un sens favorable, au système que nous défendons; les autres Chambres de la même Cour soutiennent, avec ténacité, le système contraire¹.

2° La réhabilitation fait présumer le failli comme acquiesçant au jugement déclaratif de faillite. Supposons un failli concordataire, par exemple, qui, par suite de surprise, obtient la réhabilitation; il est censé renoncer au concordat et il est obligé au paiement intégral des dettes. En effet, il y aurait là une situation assez singulière d'un failli réhabilité qui opposerait le concordat obtenu pour ne pas désintéresser complètement ses créanciers. C'est donc avec raison que la Cour de Paris a jugé, le 27 novembre 1888, arrêt cité plus haut, que le failli qui demande sa réhabilitation, acquiesce au jugement déclaratif de faillite, et n'est pas recevable à en interjeter appel ultérieurement. N'est-ce pas se reconnaître débiteur pur et simple, s'engager à payer ses créanciers, que demander sa réhabilitation.

1. La jurisprudence de la Cour de Paris paraît se fixer définitivement dans le sens opposé à la théorie que nous avons adoptée; nous tenons à citer le dernier arrêt rendu, à notre connaissance, sur cette question, arrêt qui nous est défavorable (Paris (3^e Ch.), 30 novembre 1894; Gaz. Pal, 95-1-23).

CHAPITRE III

De la Rectification des Actes de l'État civil.

Les actes de l'état civil, quoique tenus avec tout le soin désirable, peuvent, néanmoins, contenir des erreurs pouvant préjudicier gravement aux parties elles-mêmes. C'est ainsi que l'acte de mariage de deux personnes a oublié de mentionner la reconnaissance d'un enfant naturel qui s'est faite au moment même de la célébration. Ou bien, encore, le nom de l'individu désigné à l'acte est mal orthographié ou des prénoms ont été omis, ou bien, enfin, l'enfant réclame l'état d'enfant légitime, quand son acte de naissance le porte comme enfant naturel.

L'officier civil ne peut, lui-même, réparer les erreurs qui se sont ainsi glissées, il faut un jugement du Tribunal; on s'adresse, encore ici, à sa juridiction gracieuse.

Les art. 99 à 101 du Code civil et les art. 855 à 858 du Code de procédure, s'occupent des moyens de parvenir à cette rectification, ainsi qu'un avis du Conseil d'État du 30 mars 1808. Mais cet avis prévoit une situation particulière et la marche qu'il indique n'est pas obligatoire pour les parties qui sont toujours libres de suivre la procédure tracée par le Code; aussi, ne faisons-nous que le mentionner.

Toute personne qui veut faire rectifier un acte de son état civil adresse une requête au président du Tribunal compétent; la cause est instruite en Chambre du conseil, sur rapport d'un juge et, le ministère public entendu, le jugement est rendu en Chambre du conseil (C., 99; P. civ., 855, 856).

C'est donc la juridiction gracieuse du Tribunal qui est mise en mouvement et le demandeur n'a pas d'adversaire, le ministère n'est que partie jointe. Il faut cependant excepter les cas où l'ordre public serait intéressé.

Mais cette procédure gracieuse peut se changer en procédure contentieuse. L'art. 99 permet au Tribunal d'appeler les parties intéressées et l'art. 856 du Code de procédure civile reproduit cette disposition. Par parties intéressées il faut entendre toute personne qui a intérêt à contester le nouvel état que réclame l'enfant; qui prétend avoir droit exclusif à la propriété du nom rectifié; toute personne, en un mot, qui peut éprouver un préjudice si la demande en rectification est admise; et un jugement du Tribunal civil de Versailles, du 5 décembre 1889, définit ce que l'on doit entendre par les mots de l'art. 99 C.), notamment en matière de rectification de nom (G. P. 90, 2. Supp. 6).

Si les tiers sont appelés au procès, la procédure prend donc un nouveau caractère; elle devient essentiellement contentieuse et le droit commun redevient applicable au point de vue de l'appel.

Nous laisserons donc les tiers de côté et nous supposerons que le demandeur en rectification n'a pas de contradicteur.

Le Tribunal a statué en Chambre du conseil, mais il n'a pas fait droit à la requête; alors appel peut en être interjeté (art. 99 C.) « sauf appel » (art. 858, C. p. civ.). L'appel s'introduit par une requête au premier président. Mais ici, à la différence de ce qui se passe en première instance, la procédure se fait à l'audience, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'appelant a un contradicteur ou n'en a pas. Nous ne comprenons pas cette différence. Pourquoi une forme nouvelle de procédure? Pourquoi, en première instance, la loi veut-elle la Chambre du conseil, le rapport du président,

quand sur l'appel elle trouve cette procédure inutile, et revient au droit commun? Aucun motif ne nous semble militer en faveur de ce changement.

La demande, avons-nous dit, doit être introduite soit en première instance, soit devant la Cour, par voie de requête. Mais la rectification d'un acte de l'état civil peut soulever une question d'état; je suis enfant légitime et mon acte de naissance me donne la qualité d'enfant naturel. La juridiction gracieuse sera-t-elle compétente en ce cas pour ordonner la rectification. La Cour de Chambéry a jugé en confirmant purement et simplement sur ce point, par adoption de motifs, un jugement du Tribunal de la même ville du 3 juin 1885, que la Chambre du conseil était incompétente lorsque la rectification soulevait une question d'état, que, procédant par voie de juridiction gracieuse, elle ne pouvait connaître d'une demande qui devait être portée devant le Tribunal statuant en matière contentieuse (Chambéry, 20 juillet 1885; G. P., 85-2-643). Nous préférons la doctrine qui ne s'inquiète nullement de savoir si une question d'état est soulevée incidemment, doctrine consacrée par un jugement du Tribunal civil de Saint-Quentin, du 18 février 1887 (Pand. Franç., 87-2-192), le motif que nous invoquons est tiré du pouvoir qu'ont les tribunaux d'appeler les intéressés à l'instance. Que peuvent craindre les tiers puisque le jugement de rectification ne leur sera opposable qu'autant qu'ils auront été avisés à l'instance opposable. Ne sera-ce pas une question d'ailleurs fort délicate que de trancher le point de savoir quand il y aura question d'état soulevée, quand on devra suivre la procédure particulière des art. 855 et suivants, ou avoir recours au droit commun (Aubry et Rau, t. I, § 63, texte et note 5, p. 209).

La demande en rectification peut être principale, elle peut

aussi naître à l'occasion d'un procès en cours. Quel sera dans ces deux cas le Tribunal compétent?

C'était une question très discutée de déterminer le Tribunal compétent et, par suite, la Cour pour connaître de la demande en rectification, quand il s'agissait de demande en rectification principale et alors surtout que les parties intéressées étaient appelées.

L'art. 856 disant, en effet, que l'on doit les avisager par assignation, devait-on les assigner devant leurs juges naturels? Devait-on, au contraire, les ajourner devant le Tribunal au greffe duquel les registres étaient déposés? La jurisprudence et la doctrine se prononçaient en général pour ce dernier système, mais une loi du 8 juin 1893 est venue modifier l'ancien texte de l'art. 99, et toute discussion sur ce point n'est plus possible : « Lorsque la rectification d'un » acte de l'état civil sera demandée, dit le nouvel article, » il y sera statué, sauf appel, par le Tribunal du lieu où » l'acte a été reçu et au greffe duquel le registre est ou » doit être déposé. »

Mais que faut-il décider si la demande est incidente? Un point certain, c'est que l'art. 856 du Code de procédure civile n'a nullement été modifié, et dans sa partie *in fine*, faisant allusion à cette demande, il termine ainsi : « Elle (la demande incidente) le sera par acte d'avoué à avoué si les parties sont en instance. » On peut très certainement soutenir que si, à l'occasion d'un procès, une question de rectification d'un acte de l'état civil vient à naître, le Tribunal saisi du principal, alors même qu'il ne serait pas celui désigné dans l'art. 99, nouv. du C. civ., pourra ordonner la rectification qui a été soulevée. C'est dans ce sens que la majorité des auteurs se prononce (Aubry et Rau, I, § 63 texte, p. 213).

Nous, cependant, croyons devoir faire une distinction, si le

Tribunal saisi de la demande principale, et devant lequel s'élève la demande incidente de rectification, est le Tribunal au greffe duquel sont déposés les registres, la demande se formera par acte d'avoué à avoué, cela sans difficultés. Mais si le Tribunal saisi et le Tribunal qui possède les registres sont différents, la demande devra se former par assignation, devant le Tribunal compétent, sauf au premier Tribunal saisi à surseoir, s'il le juge convenable. Et, en effet, quel Tribunal est plus compétent pour connaître de cette demande que le Tribunal que nous indiquons. Il pourra consulter avec facilité l'acte incriminé, lui seul est mieux placé pour procéder aux voies d'instructions qui peuvent être nécessaires. L'art. 53 attribue à ce Tribunal compétence au cas où il y aurait lieu à poursuites de l'officier public. C'est donc au Tribunal qui a la surveillance de ces registres, à ordonner les rectifications. Le législateur, d'ailleurs, en parlant en termes généraux, ne semble-t-il pas avoir admis cette opinion ?

TITRE II

Des Audiences solennelles.

Les Cours d'appel, en dehors des audiences ordinaires qu'elles tiennent à cinq magistrats, siègent aussi en audiences dites solennelles, à neuf magistrats. Ces audiences sont réservées à certaines affaires d'une importance exceptionnelle, qui exigent une étude plus approfondie et dont la solution doit présenter toutes les garanties que la loi semble avoir attachées à ces affaires particulières. Les Cours d'appel sont, du reste, les seules juridictions qui siègent en audience solennelle, et les tribunaux civils qui jugent à charge d'appel, alors que, dans des circonstances identiques, la Cour jugerait solennellement, les tribunaux, disons-nous, doivent juger en audience ordinaire. C'est ce qui arrive notamment pour les renvois de cassation devant un Tribunal civil.

L'audience solennelle forme une juridiction distincte, spéciale des autres Chambres de la Cour; elle a sa compétence comme tout autre Tribunal; mais, disons de suite qu'elle est une juridiction, non pas d'exception, ce qui serait rendre d'une façon inexacte notre pensée, mais une juridiction exceptionnelle. Sa compétence devait être donc expressément déterminée, et c'est, en effet, l'art. 22 du décret du 30 mars 1808 sur le règlement pour la police et

la discipline des Tribunaux et des Cours, qui est, en quelque sorte, l'article organique de notre matière. Comme toute juridiction a sa compétence bien déterminée, et comme on ne saurait étendre cette compétence au delà des limites que la loi a tracées, nous devons en conclure tout naturellement que l'on ne saurait soumettre à l'audience ordinaire ce qui doit être jugé à l'audience solennelle, et de même, on ne saurait soumettre à l'audience solennelle ce qui doit être jugé à l'audience ordinaire. Il y a là une règle d'ordre public dont la violation entraînerait la nullité de l'arrêt, et qui ne saurait se couvrir ni par la volonté expresse, ni par le consentement tacite des parties, et qui pourrait même être soulevé d'office par le juge et invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation. La Cour de cassation avait hésité un moment pour le cas où la cause, devant être jugée en audience ordinaire, avait été jugée en audience solennelle, et elle admettait alors qu'il suffisait que les parties aient plaidé devant l'audience solennelle pour qu'elles soient non-recevables à s'en faire un moyen de cassation (Cass., 15 mars 1826 et 19 juillet 1827). Cette jurisprudence était anti-juridique, car le principe de l'organisation judiciaire était manifestement violé; aussi la Cour a-t-elle abandonné avec raison cette théorie, et aujourd'hui elle n'admet plus aucune distinction (Cass., 6 novembre 1883; S., 84-1-105¹).

Avant d'examiner les divers cas soumis aux audiences solennelles des Cours d'appel, nous croyons utile de dire quelques mots de leur organisation.

La composition des audiences solennelles était déterminée par l'art. 3 du déc. du 24 septembre 1828, qui traitait cette question d'une façon accessoire. Deux Chambres civiles

1. Voyez cependant MM. Aubry et Rau en ce qui concerne l'adoption (t. VI, § 557, n° 8, p. 123).

devaient être réunies dans les Cours composées de plus de trois Chambres; dans les Cours divisées en trois Chambres, la Chambre des appels correctionnels se réunissait à la première Chambre civile. Les art. 1 et 4 de la loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire ont établi sur de nouvelles bases la composition de ces audiences. Nous citons la loi : « Pour le jugement des causes qui doivent être portées aux audiences solennelles, les arrêts sont rendus par neuf juges au moins. » Ce texte, un peu bref, il est vrai, a fait naître deux difficultés :

On s'est demandé : 1° L'art. 3 de l'ordonnance de 1828 ayant été expressément abrogé par l'art. 19 de la loi d'août 1883, sous quelle législation on se trouve actuellement?

2° Si l'art. 7 du décret du 6 juillet 1810 qui exigeait la présence de deux Chambres redevenait applicable?

La réponse, en présence du nouveau texte de loi, nous paraît bien simple. La loi a voulu réduire le nombre des conseillers siégeant aux audiences solennelles; elle a fixé un minimum de neuf conseillers. Or, si l'on continue à exiger la présence de deux Chambres, on arrivera à un chiffre ne pouvant être inférieur à dix conseillers, chiffre supérieur à celui fixé par la loi. Or, les magistrats devant toujours délibérer en nombre impair (art. 1^{er} de la loi 1883), il aurait fallu prendre du moins onze conseillers, tandis que la loi fixe comme minimum le chiffre neuf, inférieur à celui obtenu par la réunion de deux Chambres.

Il faut donc rejeter ce principe de la réunion de deux Chambres.

On a alors rappelé le principe émis par la Cour de cassation dans ses arrêts du 21 juillet 1821 et du 23 décembre 1833 (S., 34-1-303), à savoir que, chaque Chambre, prise isolément, doit renfermer un nombre de conseillers suffisant pour délibérer valablement, et la réunion forme alors

audience solennelle. Ce principe a été encore rejeté par le législateur de 1883. En fixant ce nombre neuf, il serait impossible de réunir deux Chambres pouvant délibérer valablement. C'est qu'aujourd'hui, les Chambres délibérant à cinq magistrats, on obtiendrait le nombre dix, ce qui ne pourrait pas être accepté, puisque les membres doivent toujours délibérer en nombre impair. Or, en prenant le chiffre neuf, fixé par la loi, une des Chambres ne sera pas en nombre suffisant pour délibérer. C'est du reste ce qui résulte de la discussion devant le Sénat, dans la séance du 24 juillet 1883 (J. O., 25 juillet, p. 1025), où il fut expressément dit que l'on ne devait s'occuper que du nombre des magistrats et non de la Chambre de laquelle ils font partie (Cass., 30 juillet 1888; S., 91-1-527).

Il faut le reconnaître, le § 4 manque un peu de clarté et pêche par un laconisme exagéré; il eût été facile de dire que les audiences solennelles se composeraient de neuf membres; on y appellerait les membres de la première Chambre, puis on compléterait par les membres de la deuxième Chambre, en suivant l'ordre du tableau, et commençant par le membre le plus ancien.

Du reste, on peut encore, aujourd'hui, si on a quelques scrupules, respecter les anciens principes en prenant un nombre de conseillers supérieur à neuf; le nombre neuf est un chiffre minimum, c'est ce qui résulte des travaux législatifs : le texte primitif était rédigé de façon à faire croire que l'audience solennelle se composerait toujours de neuf membres; on fit remarquer que si on adoptait cette rédaction, neuf membres et non plus composeraient l'audience solennelle : on supprima le mot toujours. En composant l'audience, de onze membres, on a la réunion de deux Chambres. On peut choisir six membres dans la première Chambre et cinq dans la seconde; chaque Chambre peut délibérer valable-

ment, isolément; on respecte ainsi le principe émis par la Cour de cassation.

L'audience solennelle est présidée par le premier président, et, en cas d'empêchement de ce magistrat, par le président de Chambre le plus ancien (décret du 6 juillet 1810, art. 40.)

Les causes qui doivent être jugées en audience solennelle sont limitativement énumérées par l'art. 22 du décret du 30 mars 1808. Ce sont :

1° Les contestations sur l'état civil des citoyens, à moins qu'elles ne doivent être décidées à bref délai ou avec des formes particulières qui ne comportent pas une instruction solennelle;

2° Les prises à partie;

3° Les renvois après cassation d'un arrêt.

Nous consacrons un chapitre à chacune d'elles.

CHAPITRE I^{er}

Des questions d'état.

Les contestations sur l'état civil des citoyens sont les premières affaires que la loi indique comme étant de la compétence de l'audience solennelle. C'est ce qu'on appelle plus brièvement la question d'état. L'état d'une personne est l'ensemble de ses facultés, de sa capacité juridique, des qualités qui lui sont propres, c'est le rôle qu'elle joue dans la famille, dans la société, dans la nation. L'état est, comme toute autre chose, la propriété de son individu et, comme tel, la loi devait le protéger contre les attaques dont il pourrait être menacé. Mais ces questions n'intéressent pas seulement l'individu lui-même, elles intéressent aussi la société elle-même, car elles se rattachent à son existence, en un mot, elles touchent à l'ordre public. Aussi, comprend-on facilement qu'elles aient attiré l'attention du législateur et que ce dernier ait exigé certaines garanties, quant au jugement de ces sortes d'affaires. Nous diviserons les questions d'état en trois groupes : 1^o Famille; 2^o Société; 3^o Nationalité.

1^{er} GROUPE. — *Questions d'état dans la famille.* — Ce sont les questions relatives au mariage, au divorce et à la séparation de corps, aux actions en désaveu et en contestations de légitimité, aux réclamations d'état d'enfant légitime ou d'enfant naturel.

Les demandes en nullité de mariage sont certainement les plus importantes de toutes. C'est le mariage qui est la base

de la famille et de la société; de sa validité ou de sa nullité dépendent l'existence de la famille, la capacité juridique des époux, la légitimité ou l'illégitimité des enfants. Aussi, de telles demandes méritaient, à juste titre, l'honneur de l'audience solennelle (Lyon, 29 décembre 1881; G. P., 82-2-485).

Quant aux demandes en divorce et en séparation de corps, en principe, elles devaient être de la compétence des Chambres réunies solennellement, mais, en ce qui concerne la séparation de corps, une ordonnance du 16 mai 1835, et, pour le divorce, un décret du 30 avril 1885, ont rendu à l'audience ordinaire la connaissance de ces deux questions d'état. Ici, nous ouvrons une parenthèse. Il est à remarquer que ce n'est pas le Code de procédure qui a institué l'audience solennelle, ce sont de simples décrets qui en ont réglé l'organisation et la compétence : Décret du 30 mars 1808 et décret du 6 juillet 1810, ce dernier modifié comme nous le savons par l'ordonnance du 7 septembre 1828, art. 3, lui-même modifié par l'art. 1^{er}, § 4 de la loi du 30 août 1883. Ces divers décrets sont rendus en conformité de l'art. 1042 du Code de procédure civile; aucune crainte ne peut donc avoir lieu quant à leur légalité. Aujourd'hui, d'ailleurs, l'audience solennelle est législativement reconnue par la loi de 1883. On s'explique facilement qu'un simple décret puisse enlever à l'audience solennelle une cause qui devait rentrer dans sa compétence.

Quant au divorce, sa compétence vient d'être également définitivement fixée par l'art. 248 du Code civil, § 4, modifié par les lois du 18 février 1886 et du 6 février 1893. Telle était, d'ailleurs, par avance, la théorie de la Cour de cassation, théorie émise dans un arrêt du 12 août 1885 (S. 86-1-193) jugeant forcément sur des faits antérieurs au 30 avril précédent. Mais la controverse était grande entre les Cours d'appel, et, tandis que les Cours de Paris, de Bordeaux, de

Dijon et de Douai, se basaient sur les termes mêmes du décret de 1808 et réclamaient la compétence de l'audience solennelle, le divorce étant une véritable question d'état, les Cours de Rennes, d'Orléans et d'Aix jugeaient avec plus de raison que l'urgence que présentaient ces causes les dispensait des formes solennelles, et que l'audience ordinaire était compétente pour en connaître ¹. L'adoption sur laquelle nous reviendrons est prononcée en audience ordinaire, mais les demandes en nullité d'adoption sont de véritables questions d'état et, comme telles, doivent être jugées solennellement.

2° GROUPE. — *Questions d'état dans la société.* — Ce sont les demandes en interdiction en dation de conseil judiciaire, l'émancipation, demandes et mainlevée de l'interdiction de conseil judiciaire.

On avait d'abord douté pour les demandes en interdiction et en dation de conseil judiciaire. On s'attachait un peu trop au caractère quasi pénal de ces procédures, et l'on disait que l'individu lui seul était affecté dans ses facultés intellectuelles par cette sorte de déchéance (De Frémenville, n° 154). Mais un arrêt de la Cour suprême du 29 août 1836 est venu modifier cette manière de voir et a été le point de départ d'une jurisprudence constante en faveur de l'audience solennelle (S., 36-1-800). Si, en effet, l'interdiction, la dation d'un conseil judiciaire sont certainement des déchéances morales, elles produisent aussi des modifications dans l'être civil, elles touchent à sa capacité, en ne lui permettant plus d'agir seul; il en est de même des demandes en mainlevée, qui rendront

1. Cette discussion, en ce qui concerne le divorce et la séparation de corps, ne présente plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, nous nous dispenserons de citer les dates des arrêts, le lecteur qui désirerait connaître l'état complet de la jurisprudence sur ce point la trouvera rapportée au n° 3710 de l'ouvrage sur l'appel de M. Crépon.

à l'interdit, à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, la pleine capacité qu'il avait perdue ¹.

Les demandes en nullité de l'émancipation, les demandes relatives à son retrait, intéressant aussi la capacité juridique du mineur, nous procédons pour le moment par simple renvoi.

En ce qui concerne les demandes en réhabilitation de faillis, la Cour de Paris avait constamment jugé ces demandes en audience solennelle, mais un arrêt récent de la Cour suprême vient de modifier cette jurisprudence et attribue ces sortes de causes à l'audience ordinaire (Cass., 6 novembre 1883, S., 84-1-105) et la note. Nous pensons que la Cour suprême a seule raison. La faillite n'enlève pas, en effet, au failli la jouissance de ses droits civils, elle n'affecte que ses droits politiques, elle ne le dépouille pas de sa capacité, elle en suspend momentanément l'exercice : aucune question d'état ne nous paraît donc en jeu, le failli peut valablement s'obliger envers les tiers, sauf aux syndics à faire déclarer ces engagements nuls vis-à-vis de la masse (*contra* Ravenel, p. 108).

La question de savoir si un homme est mort et par suite si une femme est veuve ou en puissance de mari, est une véritable question d'état, car, suivant ce qu'il sera décidé, la capacité de la femme sera soit entière, soit amoindrie (Cass., 7 juillet 1835; D., 35-1-389). Mais si le sort d'un partage et d'une liquidation dépendait de la question de savoir si un individu est mort ou vivant, il ne faudrait pas voir là une question d'état, car la capacité du prétendu « *de cuius* » n'est nullement discutée : s'il vient à reparaitre, il n'aura subi aucune « *capitis deminutio*, » c'est donc avec raison que la Cour de cassation a jugé, le 6 janvier 1886

(1) *Sic*, Cass., 2 janvier 1895; G. P., 95-1-226.

(G. P., 86-1-293), qu'une telle cause était de la compétence de l'audience ordinaire. Cet arrêt rejette un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Rennes basé sur la violation de l'art. 22 du décret du 30 mars 1808.

3^e GROUPE. — *Questions relatives à la nationalité.* —

Nous arrivons en dernier lieu aux questions qui tendent à faire déclarer un individu français ou étranger. « L'état » « *status* », disent MM. Aubry et Rau, se résume dans la » qualité de regnicole ou d'étranger, » (t. I, § 52, texte p. 177 *in fine* et la page suivante). Ces auteurs ajoutent « les » contestations auxquelles elles peuvent donner lieu sont » appelées questions d'état. » C'est donc à l'audience solennelle que de telles causes doivent être renvoyées (Cass., 9 décembre 1878; S., 79-1-294).

Telles sont toutes les causes soumises à l'audience solennelle.

Mais, si une question d'état se présente à la haute justice de la Cour, l'honneur de l'audience solennelle ne lui est pas toujours acquis et la Cour de cassation et les Cours d'appel font une distinction entre la question d'état qui se présente comme demande principale et celle qui n'est qu'une simple défense à l'action principale. Dans le premier cas, on doit appliquer le décret de 1808; dans le second cas, c'est l'audience ordinaire qui est seule compétente; prenons un exemple: Pierre assigne Paul et Jean en partage et liquidation de la succession de Jacques, leur père, décédé. Paul repousse la demande de Pierre en lui contestant sa qualité d'enfant légitime. Cette question d'état soulevée incidemment n'est qu'un simple moyen de défense à la demande de Pierre; elle sera donc jugée en même temps que celle-ci suivant le droit commun.

On s'appuie, pour étayer cette solution, sur ce que le juge

de l'action est juge de l'exception. Si l'on distrait du procès la question d'état, ajoute-t-on, on arriverait ainsi à éterniser les procès, les parties pourraient même user de ce moyen qui ferait de la question d'état une véritable question préjudicielle pour apporter des lenteurs, et peut-être serait-ce mettre en leurs mains une arme redoutable; aussi, ajoute-t-on, est-ce avec raison que la jurisprudence a repoussé cette disjonction, afin que les deux questions puissent recevoir une solution immédiate (Crépon, n° 3698; Cass., 3 août 1888; D., 89-1-155) ¹.

Nous repoussons absolument cette théorie. Sans doute la règle que le juge de l'action est le juge de l'exception doit recevoir son application toutes les fois que cette application est possible, mais elle doit fléchir devant les principes d'ordre public. Or, tel est justement le cas des affaires solennelles. C'est parce qu'elles intéressent l'ordre public, parce qu'elles présentent une gravité exceptionnelle qu'elles doivent être jugées par une juridiction spéciale, en suivant des formes soigneusement déterminées, entourées de garanties que le législateur a voulu apporter et que le justiciable est en droit d'exiger.

Or, l'importance d'une affaire ne change pas suivant qu'elle fait l'objet d'une demande principale ou qu'elle nait incidemment au cours d'un procès. Le législateur ne l'a pas dit et il ne pouvait le dire. Nous pensons donc qu'une telle question devra être toujours disjointe du principal et renvoyée à la juridiction compétente, elle formera une question préjudicielle. Sans doute, il pourra se produire des lenteurs, la mauvaise foi d'un adversaire pourra en être la cause : mais enfin, l'ordre public doit passer avant l'intérêt particulier, il

1. Conf. : Cass., 19 février 1895; Gaz. du Pal., 95-1-328.

est intéressé à la solution et cette dernière doit être rendue dans les formes voulues. L'adversaire de mauvaise foi pourra, du reste, être condamné à des dommages-intérêts que les tribunaux pourront arbitrer avec une grande sévérité eu égard au préjudice matériel et moral que de telles questions ne manqueront pas de faire naître, il supportera, en outre, la condamnation aux dépens; ne sont-ce pas là des garanties suffisantes pour arrêter un plaideur aussi endurci qu'il puisse être.

N'est-ce pas, d'ailleurs, ce qui se passait en droit romain, où les *præjudicia* touchant à l'état des personnes devaient être jugés avant que le *judicium* ne fût engagé.

L'exemple de la demande en partage que nous citons plus haut est d'ailleurs prévu par un texte du digeste, loi 1, § 1, *Familiæ ereiscundæ*, X-2. Celui qui demandait le partage devait faire juger la qualité d'héritiers : « *Sic si possidet neget cum sibi cohæredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem si in ea re quæ de agitur præjudicium hæreditati non fiat.* » Et chez les Romains cette question était si importante que la loi 5, § 2, D. *De hæreditatis petitione*, V-3, nous dit : « *Eorum judiciorum quæ de hæreditatis petitione sunt ea auctoritas (autoritas) est ut nihil in præjudicium ejus (judicii) fieri debeat.* »

Nous repoussons d'ailleurs le pouvoir que M. Labbé, en note sous un arrêt de cassation du 9 juillet 1879 (S., 80-1-241), accorde à la Cour, et qui consiste à examiner si la question d'état soulevée est sérieuse, et si elle peut, par un sursis, renvoyer l'affaire en audience solennelle. Ce serait permettre aux tribunaux d'appliquer le décret de 1808 d'une façon arbitraire.

Il faut remarquer que la jurisprudence a eu, en quelque sorte, un remords d'appliquer cette distinction et que, sans

avoir l'air de revenir sur ses décisions antérieures, elle a immédiatement appliqué un tempérament à une théorie qui semble contraire à la loi; elle admet que, si la question d'état, quoique née incidemment, devient la question principale du procès, le décret de 1808 reprend son empire. Or, il est toujours facile de décider que la question d'état forme la question principale du procès. Il en serait de même si la question d'état faisait l'objet de motifs séparés et d'un dispositif spécial. Ces deux concessions faites à la théorie que nous combattons sont pour nous la ruine du système adverse, car, il est bien rare qu'en pratique, une pareille question soulevée, vu son importance, ne fasse pas l'objet de dispositions spéciales et dans les motifs et dans le dispositif des conclusions (Cass., 10 août 1888, déjà cité, 25 octobre 1892 (D., 93-1-17 et non 71).

Il doit en être ainsi si la question d'état fait l'objet d'une demande reconventionnelle. En effet, le défendeur ne se porte-t-il pas demandeur à son tour. Il a été jugé avec raison que, lorsqu'à une demande en séparation de corps, le défendeur se pose reconventionnellement demandeur en nullité de mariage dont on demande la dissolution, la cause doit être jugée sur le tout en audience solennelle (Lyon, 29 décembre 1881; G. P., 82-2-485).

Car, il faut admettre nécessairement cet autre principe que si de deux demandes, l'une doit être jugée en audience solennelle et l'autre en audience ordinaire, la cause doit être soumise, sur le tout, à l'audience solennelle « *Accessorium sequetur principale.* »

Cependant, si une cause se compose de plusieurs questions qui peuvent être jugées séparément et que quelques-unes soient de la compétence de l'audience solennelle, ces dernières doivent être renvoyées devant la juridiction compétente, alors

même qu'elles auraient toutes été résolues par un seul et même jugement (Crépon, n^{os} 3690 et 3691), à moins qu'il n'y ait connexité; Crépon (n^{os} 3694, 3702 à 3705).

Exception au principe.

1^{re} EXCEPTION. — « A moins, dit le décret, qu'elles (les causes soumises à l'audience solennelle) ne doivent être décidées à bref délai. » S'il y a urgence, en effet, à ce que la solution du procès intervienne, il serait dangereux que l'on en retardât la solution jusqu'à ce qu'il y ait audience solennelle, ce qui se produit rarement, car on attend, dans la plupart des Cours, qu'il y ait un nombre suffisant d'affaires pour réunir la Cour en audience de cette nature. A Paris, elles ont lieu tous les trois mois. Parmi les demandes présentant une certaine urgence, nous pouvons citer les demandes en nullités ou en retrait de l'émancipation, la loi le reconnaît elle-même, puisque dans l'art. 135-6^e du Code de procédure civile, l'exécution provisoire peut être ordonnée en matière de nomination de tuteur et de curateur (Caen, 26 août 1867; D., 67-5-33). L'art. 449 du Code civil, dans un cas analogue, veut que la cause soit instruite et jugée comme affaire urgente. La Cour de Paris vient cependant de juger le contraire dans un arrêt du 24 février 1893 (D., 93-2-372). On peut encore citer le cas prévu par l'art. 31 de la loi du 15 juillet 1889, sur le recrutement de l'armée, reproduisant l'art. 29 de la loi du 29 juillet 1872 (Douai, 14 décembre 1881; G. P., 82-2-410).

Enfin, les demandes en divorce et en séparation de corps.

2^e EXCEPTION. — « Ou avec des formes particulières qui ne comportent pas l'audience solennelle. » Ce membre de phrase est, pour ainsi dire, sans application et généralement, pour

donner un sens à ce paragraphe, les auteurs et la jurisprudence pensent qu'il se réfère aux causes qui doivent être jugées à huis clos; telles que les procès relatifs au désaveu d'un enfant à la recherche de la paternité. Dans ce cas, la Cour, pour éviter des scandales, pourrait ordonner le huis clos. Ce système ne saurait se soutenir, car le huis clos n'est pas incompatible avec la solennité de l'audience. Nous ne connaissons, à vrai dire, qu'une application unique de ce paragraphe : c'est en matière d'adoption; la loi, dans les art. 357 et 358, a organisé une procédure spéciale. On peut aussi indiquer, mais à titre de mémoire seulement, la procédure de conversion de séparation de corps en divorce (art. 310, C. civ.; déc. du 30 avril 1885).

CHAPITRE II

De la prise à partie.

La prise à partie est une voie extraordinaire qui permet au plaideur d'attaquer le juge, de le prendre lui-même à partie, comme le dit fort énergiquement le nom de cette voie de recours, parce qu'il n'a pas jugé comme il devait le faire. Ce n'est donc plus au jugement ni à l'adversaire qu'on s'attaque, c'est, comme nous venons de le dire, au juge lui-même. Le juge doit être, comme tout autre citoyen, passible de sa faute (art. 1382). Le respect que l'on doit à la justice, la dignité du juge imposent cette application du droit commun. Mais, le principe admis, le législateur devait le réglementer, car il ne devait pas permettre au magistrat de descendre dans l'arène judiciaire, de se mesurer, pour ainsi dire, corps à corps avec son adversaire, sous peine d'arriver à une déconsidération complète de la justice et du juge. Il fallait donc, sous peine de compromettre l'autorité de la loi elle-même, permettre à la partie qui a à se plaindre d'un juge de lui demander compte de sa faute ; mais il fallait aussi tenir compte du caractère que revêt le magistrat. Le Code, à cet effet, a organisé la procédure de la prise à partie. Nous définirons la prise à partie : une voie de recours extraordinaire, ouverte à la partie contre un juge ou contre une juridiction entière, pour réparer le préjudice que lui cause le fait du juge ou de la juridiction. Nous énumérerons, en premier lieu, les causes qui permettent d'engager la prise à partie ; en second

lieu, nous verrons contre qui elle peut être intentée; troisièmement, nous déterminerons la compétence et verrons quelle procédure il faut suivre: enfin, nous essayerons d'en déterminer les effets.

§ 1^{er}. — *Causes.*

L'art. 505 du Code de procédure renferme les cas qui permettent d'engager la prise à partie. Ce sont :

1^{er} CAS. — 1^o Le dol, la fraude ou la concussion qu'on prétendrait avoir été commis, soit dans le cours de l'instruction, soit lors du jugement. De cette première cause, il résulte que le juge qui a mal jugé, soit par ignorance de la loi, soit par impéritie, s'il a mal jugé en dehors de toute fraude, de tout dol, de toute concussion, n'est pas sujet à la prise à partie et la voie de l'appel est seule possible. Il en était autrement dans le droit romain et le juge était regardé comme ayant fait le procès sien (L. 15, § 1; D., *De judiciis*, V. 1), qui avait jugé « *per imprudentiam*, » c'est-à-dire sans connaître la loi qu'il était chargé d'appliquer (L. 6; D., *De ext. condict.* L. 13). Les coutumes barbares rendirent également les juges responsables de leurs sentences et nous mentionnerons, à titre de mémoire, l'appel de faux jugement de notre ancien droit. C'était certainement la prise à partie la plus énergique que l'on pût concevoir, parce que c'était le sort des armes qui était le juge suprême. Les mœurs s'étant adoucies peu à peu, on finit par comprendre qu'il était plus convenable de s'attaquer à la sentence elle-même, et, au lieu de s'attaquer au juge, de l'intimer, comme l'on disait alors fort exactement. On appela la partie gagnante devant le juge supérieur, mais on conserva l'ancienne dénomination, on l'intima; d'où le nom d'intimé que porte encore aujourd'hui le défendeur à l'appel. L'ordonnance

de 1667, dans son titre XXV, reconnu dans son article 1^{er} la responsabilité du juge.

2° « Si la prise à partie a été prévue par la loi. » Il y a un malheur, c'est qu'il n'existe aucune disposition légale permettant la prise à partie, en matière civile du moins, car, en revanche, en matière criminelle, le Code d'instruction criminelle renferme plusieurs cas ; nous les mentionnons, art. 77, 112, 164, 271, 370.

3° « Si la loi déclare le juge responsable, à peine de dommages-intérêts. » Le premier cas ne présente plus guère qu'un intérêt historique depuis l'abolition de la contrainte par corps.

L'art. 2063 du Code civil soumettait le juge à des dommages-intérêts, s'il prononçait la contrainte par corps, hors le cas prévu par la loi.

2° CAS. — Si un juge de paix laisse périmer une instance par négligence (art. 15, pr. civ.).

3° CAS. — Ce cas se rapporte encore au juge de paix qui a levé les scellés avant l'expiration du délai légal (art. 928 C. pr. civ.).

4° S'il y a déni de justice. L'art. 506 prend soin de définir ce qu'on doit entendre par déni de justice. Remarquons à ce sujet que la prise à partie n'est pas nécessairement une voie de recours contre les décisions des tribunaux ; qu'elle peut se produire en l'absence de tout jugement, dans le cas même où le juge diffère abusivement de juger. C'est un moyen pour la partie de se plaindre de l'absence de jugement à son encontre.

§ 2. — *Contre qui la prise à partie peut-elle être intentée ?*

Contre tout magistrat, juge de paix, juge de commerce, conseiller prud'homme, conseiller de Cour d'appel, con-

seiller à la Cour de cassation ; contre un Tribunal ou contre une Cour d'appel toute entière, mais non contre la Cour de cassation, car quelle juridiction supérieure pourrait alors connaître de la prise à partie ? Contre les membres du ministère public, mais non contre les greffiers, hors les cas cités par le Code d'instruction criminelle.

Les arbitres, simples citoyens chargés de juger le différend qui existe entre les parties qui les ont nommés, ne revêtent pas pour cela un caractère public, et ne sont pas susceptibles de prise à partie ; ils sont sans doute responsables de leur faute (art. 1382), mais on doit suivre contre eux les voies du droit commun. Voyez cependant un arrêt de cassation du 12 février 1850 (S., 51-1-97), dont la théorie est repoussée par M. Chauveau, dans son supplément (p. 546, question 1891 *bis*).

Que faut-il décider quant aux héritiers des juges ; sont-ils passibles de la prise à partie ? Il est de principe incontestable que si la faute est personnelle, les conséquences qu'elle peut produire au point de vue civil contre l'auteur du délit rejaillissent sur ses héritiers et il est indiscutable que la partie qui aura eu à se plaindre d'un juge pourra actionner les héritiers en dommages-intérêts. C'est ce que décidait la loi romaine (L. 16, D. *De judiciis*, V-1) : « *Julianus* » *autem in heredem judicis qui litem suam fecit putat* » *actionem competere.* » Mais nous ne pensons pas que ce soit par la procédure de la prise à partie que l'héritier devra être poursuivi ; cette procédure se rattache, croyons-nous, au caractère même que revêt l'individu, et cesse dès que le juge n'est plus revêtu de ses fonctions publiques ; car, encore une fois, ce n'est pas la sentence que l'on attaque, c'est celui qui l'a rendue que l'on poursuit.

§ 3. — *Compétence et procédure.*

Le Code a déterminé comme suit la juridiction compétente : Si la prise à partie a lieu contre un juge de paix, un juge, un conseiller de Cour d'appel ou contre un Tribunal civil ou de commerce, elle doit être portée à la Cour d'appel du ressort ; si la prise à partie a lieu contre une Cour d'appel, une Chambre ou section de Chambre, contre un conseiller à la Cour de cassation, c'est la Cour suprême qui doit en connaître (art. 509).

La procédure s'engage par une requête adressée au premier président demandant l'autorisation de prendre le juge à partie (art. 510 et 511). Cette requête ne doit présenter aucun terme injurieux contre le juge (art. 512). La première Chambre de la Cour se réunit en Chambre du Conseil, examine la requête ; le débat n'est pas contradictoire, et le juge inculpé n'est pas appelé. Le demandeur peut-il faire présenter des observations orales ? Nous le pensons ; il a un trop grand intérêt à bien faire connaître les circonstances qui le poussent à prendre une détermination aussi grave, circonstances qui ne peuvent trouver quelquefois tout le développement désirable dans une requête, et il serait injuste de condamner le demandeur sans l'avoir entendu. Voyez, cependant une jurisprudence contraire des Cours d'appel (Aix, 11 août 1875 ; S., 77-2-117). Si elle refuse l'autorisation, le demandeur est alors condamné à une amende qui ne peut être moindre de 300 fr., sans préjudice de tous autres dommages-intérêts. La requête est admise ; suit toute une procédure qui ne présente aucune difficulté, et nous arrivons de suite à l'arrêt.

L'arrêt est rendu en audience solennelle par une autre section, lisez par d'autres magistrats, que ceux qui auront

admis la prise à partie (art. 515, décret du 30 mars 1808, art. 22).

Certains auteurs étaient d'avis que l'art. 22 du décret du 30 mars 1808 avait abrogé l'art. 515, et que les mêmes magistrats qui avaient statué sur la prise à partie pouvaient faire partie de l'audience solennelle. Ce système repose sur le principe que nous avons posé plus haut et qui enseigne que l'audience solennelle forme une juridiction spéciale de l'audience ordinaire ; l'art. 515 est ainsi respecté. Cette opinion n'est pas soutenable. Le Code, nous l'avons dit, n'a pas prévu les audiences solennelles, et un simple décret ne pouvait abroger une loi. Aussi, faut-il combiner nos deux textes. Voici donc ce qui se passera en pratique : Dans la Cour où il n'y a qu'une ou deux Chambres, l'audience solennelle ne pourra pas se constituer de nouveau sans prendre les magistrats, ou au moins quelques-uns, qui aient connu de l'autorisation de la prise à partie ; elle n'aura donc qu'une seule chose à faire, se réunir solennellement et se déclarer incompétente, et le demandeur se pourvoira immédiatement devant la Cour de cassation pour se faire indiquer une autre juridiction (art. 515, Cass., 26 décembre 1883 ; S., 84-1-184 ; Cass., 2 mars 1886 ; S., 86-1-169), et le rapport de M. le conseiller Féraud-Giraud. C'est la Chambre des requêtes qui statue sur le règlement de juges. Dans la Cour où il y a trois Chambres, la prise à partie pourra être jugée par la même Cour et le demandeur n'aura nullement besoin de se pourvoir en règlement de juges.

Enfin, quand la prise à partie a lieu pour déni de justice, le demandeur doit, préalablement, faire juridiquement constater ce déni de justice. A cet effet, les art. 507 et 508 organisent un mode de procéder spécial : nous y renvoyons le lecteur. Disons seulement que l'art. 2 du titre XXV de l'ordonnance

de 1667 était moins révérentieux et qu'il permettait au plaideur de s'adresser au juge lui-même.

§ 4. — *Effets.*

En cette matière, il y aurait peut-être lieu d'adresser bien des critiques au législateur et si nous reconnaissons que la procédure de la peine à partie, organisée par notre Code, présente des améliorations sur l'ordonnance de 1667, notamment en définissant le déni de justice et en perfectionnant le mode de constater ce déni de justice, il est une partie, en revanche, que le législateur semble avoir complètement laissée de côté, et cette lacune regrettable est la source d'une grande incertitude dans les effets que produit la prise à partie. Chose assez curieuse, en effet, et comme si cette procédure lui paraissait inutile et désagréable, le législateur de 1807 ne s'est préoccupé que du cas où le demandeur en requête civile vient à perdre son procès. Or, dans ce cas, il ne lui ménage pas toutes ses foudres, il le condamne à une amende assez considérable pour l'époque à laquelle fut promulgué le Code, et il lui fait entrevoir une condamnation à des dommages-intérêts. Nous reconnaissons volontiers pour justes les raisons qui ont inspiré le législateur, mais pourquoi est-il muet quand il s'agit de déterminer les conséquences de la défaite du juge pris à partie? Pensait-il donc que cette hypothèse ne pourrait jamais se présenter. La question a donné lieu à diverses solutions, mais elle nous semble facile à résoudre par l'application du droit commun, et peut-être est-ce là le véritable motif qui a guidé le législateur.

Le juge, tout d'abord, peut être condamné personnellement à des dommages-intérêts, quiconque cause dommage à autrui doit supporter les conséquences de sa faute (art. 1382), et

c'est ce qu'exprimait la loi 15, § 1, *in fine* : « *Ut veram litis estimationem agatur*; » D., *De judiciis*, V-1; principe répété dans la loi 2; C., *De pœna judicis*, VII-49);

Mais que faut-il décider en ce qui touche la sentence entachée de dol ou de fraude? Certains auteurs ont prétendu, et ce avec un semblant de raison, que la sentence était annulée par voie de conséquence. Voici les arguments :

1° Des condamnations judiciaires peuvent être tout à fait insuffisantes; le juge ne pourra peut-être pas les payer;

2° L'autorité de la chose jugée ne pourra-t-elle pas être compromise si l'on sait qu'elle s'attache à des décisions entachées de dol, de concussion ou de fraude?

3° Enfin, ne sera-t-il pas profondément injuste de permettre à une partie de profiter d'une sentence entachée d'illégalité, affectée de vices?

Nous répudions absolument cette théorie. La prise à partie est une action en dommages-intérêts et comme telle, une action personnelle qui ne peut donc produire aucun effet en dehors des parties en cause. Or, les seules parties en cause sont le demandeur à la prise à partie et le juge : toute autre personne est un tiers. Le Code l'a entendu ainsi, car il ne prescrit nulle part l'avisagement à l'instance de prise à partie, de l'autre plaideur : tout ce qui est donc jugé est pour lui « *res inter alios judicata*. » Comment comprendre, en effet, qu'une sentence dont il a le droit de se prévaloir, à laquelle il a un droit acquis, soit annulée en son absence : ce serait en vérité le condamner sans l'avoir entendu; ce serait violer le droit sacré de la défense. Aussi a-t-on répondu à cet argument en disant : mais la prévision que cette sentence pourra être annulée pourra lui permettre de former tierce opposition, et par suite d'intervenir dans l'instance de prise à partie. Ce motif nous avait d'abord séduit, mais en exami-

nant attentivement les cas dans lesquels la tierce opposition peut être formée, nous avons pensé que cette voie de recours ne pouvait être formée que lorsque le dol provient des parties en cause, mais non lorsque le dol provient de la part de tiers. Ce dol ne peut, en effet, donner lieu qu'à une action en dommages-intérêts puisqu'il ne peut pas non plus être l'occasion d'une requête civile.

Ainsi donc, le jugement attaqué ne subira aucune modification; car, si on admet le système contraire, le juge, répondant à une action en dommages-intérêts de la part du demandeur en prise à partie, sera également exposé à une action en responsabilité de la part de l'autre partie. Or, si le juge est insolvable, la partie gagnante va se voir dépouillée de tout le bénéfice de sa décision, sans qu'on ne puisse lui adresser aucun reproche.

Que va donc pouvoir faire le demandeur en prise à partie? Après avoir triomphé du juge, il lui restera à triompher du jugement, il pourra en appeler s'il est en premier ressort, se pourvoir en cassation s'il est en dernier ressort. L'arrêt de prise à partie sera un commencement de preuve des agissements du juge rendant possibles les présomptions. Il est évident que si l'adversaire est « *particeps fraudis* », au lieu d'employer le pourvoi en cassation on procédera par la voie de la requête civile.

CHAPITRE III

Des renvois après cassation.

La Cour de cassation est uniquement chargée de veiller à l'application de la loi, de maintenir une certaine uniformité dans la jurisprudence, et, pour cela, elle doit pouvoir imposer ses décisions ; elle doit, en un mot, être la Cour suprême ; elle doit avoir le pouvoir suffisant et faire respecter ses arrêts. C'est, en effet, ce qui existe actuellement. La Cour casse, comme son nom l'indique ; chargée de vérifier si la loi n'a pas été violée, elle statue purement en droit et elle annule toute décision qui lui paraît avoir transgressé les prescriptions légales. A la différence de l'appel, elle ne remplace la décision annulée par aucune autre décision ; elle se contente simplement de renvoyer les parties et la cause devant une Cour autre que celle dont elle a annulé l'arrêt (LL. 1^{er} décembre 1790 an III, 20 et 21 ; L. 2 brumaire an IV, art. 24 ; L. 27 ventôse an VIII).

Supposons donc un arrêt cassé, la première Cour de renvoi sera saisie par une assignation devant elle. Les pouvoirs seront les mêmes que ceux de la Cour dont l'arrêt a été cassé, sa compétence aussi étendue. Par l'effet de la cassation, en effet, les parties se trouvent remises au même et semblable état qu'avant le premier arrêt ; la cause se présente dans cet état devant la première Cour de renvoi, qui est saisie de la connaissance de tout le litige, si l'arrêt tout entier est cassé ; qui ne connaît que de certains chefs, si la cassation est partielle.

La Cour de renvoi peut donc ordonner toutes les mesures d'instruction qu'elle jugera convenables, ordonner enquête, expertise; mais elle ne pourrait nommer un de ses membres pour opérer une visite des lieux ou diriger une enquête, mesures d'instruction s'opérant en dehors de son ressort; ce sera, en effet, presque toujours dans le ressort de la Cour dont l'arrêt a été cassé, qu'il y aura lieu d'y procéder. Si, en effet, le renvoi est une véritable prorogation de juridiction légale, cette prorogation a lieu seulement à raison de la matière et elle n'est nullement territoriale. La Cour de cassation s'est toujours prononcée en ce sens (Cass., 25 mai 1887; G. P., 87-4-832). Comme le dit avec raison la Cour : « tout acte accompli par le magistrat en dehors de la cir-
« conscription qui lui a été assignée par la loi est un acte nul
« et sans aucune valeur légale », la Cour, dans ce cas, doit procéder par voie de commission rogatoire (art. 1035, C. p. civ.). La Cour de Poitiers s'est cependant prononcée en sens contraire le 7 juillet 1862 (S., 64-2-107). Elle a vu dans le renvoi une substitution pleine et entière de la Cour de renvoi, à la première Cour saisie; elle en a déduit le droit pour la première de ces juridictions de procéder par elle-même à des mesures d'instruction dans le ressort de l'autre Cour, comme celle-ci aurait pu le faire elle-même. De même les avoués près la Cour de renvoi ne peuvent assister aux enquêtes, expertises ordonnées; ce doit être l'avoué du Tribunal dans le ressort duquel on procède à cette mesure.

A part la restriction que nous venons de signaler, la Cour de renvoi jouit, comme nous l'avons dit, des mêmes pouvoirs que la première Cour. Nous venons de voir une première conséquence, quant aux moyens d'instruction; nous en trouvons d'autres :

1° Quant à l'instruction de l'affaire à l'audience, si l'arrêt

a été cassé par suite de la nullité d'un acte de procédure, d'un arrêt interlocutoire, par exemple, la procédure est reprise à cet endroit;

2° Les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux, soulever toute exception en fin de non-recevoir, la partie qui a négligé de former un appel incident le peut devant la deuxième Cour. Mais la procédure ne peut être recommencée et les griefs signifiés par les avoués des parties ne seraient pas taxés et seraient considérés comme frustratoires (L. du 1^{er} décembre 1790, art. 21). La Cour de renvoi peut, comme nous l'avons vu déjà, s'il s'agit d'une question de compétence soumise à la Cour suprême, évoquer le fond (art. 473); elle n'est nullement liée quant à la question de droit, tranchée par la Cour de cassation, seulement comme il s'agit ici de prendre parti soit pour la théorie émise par l'arrêt cassé et de se mettre ainsi en opposition avec la Cour de cassation, soit, au contraire, de se ranger à l'avis de cette dernière, le décret du 30 mars 1808 veut que cette décision soit prise en audience solennelle.

Cet arrêt peut être de nouveau sujet à cassation et il peut être cassé; la Cour de cassation renvoie, mais comme il faut bien que tout ait une fin, c'est le dernier renvoi possible; elle saisit du litige une troisième Cour ou deuxième Cour de renvoi qui, elle, statue en audience ordinaire à moins que la nature de l'affaire n'exige qu'elle soit jugée en audience solennelle (L. du 1^{er} avril 1837, art. 3). Cette solution légale demande quelques explications. L'art. 21 de la loi du 1^{er} décembre 1790 était ainsi conçu : « Lorsque » le jugement aura été cassé deux fois et qu'un troisième » Tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière » que les deux premiers, la question ne pourra plus être » agitée au Tribunal de cassation avant qu'elle n'ait été

» soumise au corps législatif qui, en ce cas, portera un décret
» déclaratoire de la loi et, lorsque ce décret aura été sanc-
» tionné par le roi, le Tribunal de cassation s'y conformera
» dans son jugement. » Ce système était loin d'être parfait,
il faisait intervenir le pouvoir législatif dans des questions
d'ordre privé et il ne donnait pas à la Cour de cassation ce
pouvoir régulateur, cette suprématie qui lui étaient néces-
saires pour maintenir autant que possible la jurisprudence
uniforme. Les Cours d'appel pouvaient juger comme bon leur
semblait, c'étaient elles qui avaient le dernier mot. La loi
du 1^{er} avril est venue d'une manière très heureuse modifier
cet état de choses, nous transcrivons son art. 2 : « Si le
» deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes
» motifs que le premier, la Cour, ou le Tribunal auquel
» l'affaire est renvoyée, se conformera à la décision de la
» Cour de cassation sur le point de droit, jugé par cette
» Cour. » Ajoutons : qui rend un arrêt solennel (art. 1^{er} de
la loi). Le rôle de la deuxième Cour de renvoi est donc un
rôle enregistreur, elle est chargée d'appliquer à la question
de fait la théorie juridique émise par la Cour suprême, elle
doit forcément se ranger à cette opinion qu'elle soit ou ne
soit pas la sienne. Son rôle est donc moins important que
celui de la première Cour de renvoi ; aussi comprend-on faci-
lement la différence de juridiction qui peut paraître bizarre
au premier abord mais qui se justifie facilement.

L'arrêt de la première Cour de renvoi peut ne pas être
sujet à cassation quoiqu'il juge dans le même sens que
l'arrêt cassé. Il peut d'abord être rendu purement en fait, il
peut contenir des motifs différents.

La juridiction de l'audience solennelle n'est compétente
que pour juger le litige tranché par l'arrêt cassé. Aussi il a
été jugé que lorsque la Cour suprême a admis l'exercice d'une

action en réméré et que la Cour de renvoi est saisie de ce seul point soumis à la Cour suprême, les difficultés qui naissent à l'occasion de l'exercice de ce réméré, devant le Tribunal chargé de la liquidation à laquelle il peut donner lieu, doivent être jugées sur appel, en audience ordinaire (Montpellier, 13 juillet 1840; S., 41-2-644. Voyez encore : Cass., 20 juin 1865; S., 65-1-351).

APPENDICE

De l'Appel incident¹.

La partie qui appelle n'agit que dans son propre intérêt, et la voie de recours qu'elle emploie, si elle ne rend pas toujours sa situation meilleure, ne peut en tous cas l'aggraver, se retourner contre elle. Mais l'appelant peut ne pas être seul à se plaindre du jugement, la partie qui est intimée peut aussi avoir intérêt à le faire réformer partiellement. Il fallait donc concilier ce double principe à savoir, d'une part :

1° Que le juge ne peut de lui-même rendre plus onéreuses les condamnations contre l'appelant ;

2° Permettre à l'intimé de discuter le jugement, de faire réformer certains points.

L'effet dévolutif de l'appel remet bien la cause en état, mais cet effet ne se produit que quant aux parties du jugement qui sont critiquées par l'appelant, tout ce qui a été réclamé par la partie adverse, et qu'elle n'a pas obtenu, restera en dehors du débat, car l'appelant se gardera bien d'en parler, puisqu'il triomphe sur ce point. De simples conclusions de l'intimé sur les points qui lui font grief ne seraient pas suffisantes, puisque dans ses conclusions l'intimé ne peut que répondre aux moyens d'appel. De là, la nécessité de permettre

1.¹ C'est l'empereur Justinien qui introduisit, en droit romain, l'appel incident par une constitution devenue la loi 39 C. *De Appellationibus*, VII-62. Comparez L. 13 pr. D., *De Appellationibus*, XLIX-1.

à l'intimé de se porter appelant à son tour. Cet appel porte le nom d'appel incident, il a lieu incidemment à l'appel principal, et, si l'on veut bien nous permettre une comparaison, l'appel incident est à l'appel principal, ce qu'est la demande incidente à la demande introductive d'instance. L'appel incident est donc, comme l'appel principal, le moyen de saisir la Cour de questions qui ne lui étaient pas dévolues par l'appel principal. C'est à ce seul point de vue que nous devons l'envisager ici, et nos explications devront forcément être restreintes à quelques remarques.

Nous n'insisterons donc pas sur la définition de l'appel incident, que l'on donne couramment et qui est tirée de la priorité de l'un des deux appels sans tenir aucun compte de l'importance du nombre des dispositions visées par le second appel; l'appel principal peut porter sur une disposition accessoire, l'appel incident, au contraire, peut s'attaquer au chef principal du jugement.

Toutes les règles que nous avons posées jusqu'ici pour déterminer la compétence des Cours d'appel s'appliquent également à l'appel incident; l'appel incident ne pourra cacher une demande nouvelle pas plus qu'il ne pourrait saisir la Cour d'une demande dont le taux est inférieur au dernier ressort. Prenons un exemple. Pierre réclame à Paul devant le Tribunal de commerce une somme de 500 fr. puis 200 fr., à titre de dommages-intérêts. Paul soulève une exception d'incompétence. Le Tribunal statuant sur le fond par un seul et même jugement se déclare compétent et condamne Paul à payer les 500 fr. mais ne statue pas sur les dommages-intérêts. Appel. L'intimé Pierre ne pourra sur cet appel former appel incident, car il s'agit ici d'un litige inférieur à 1,500 fr., puisqu'il ne s'agit que d'une somme de 700 fr., valeur bien inférieure au taux du premier ressort. La Cour ne

peut donc en connaître sous aucun prétexte, et l'appel incident ne saurait apporter une dérogation aux règles qui forment le degré de juridiction.

Les règles qui président à la recevabilité de l'appel incident sont donc les mêmes (du moins dans le champ d'application que nous nous sommes tracé) que pour l'appel principal; ainsi notamment, l'appel incident n'est-il recevable qu'autant que le chef dont se plaint l'intimé lui cause grief. L'intimé, par exemple, a obtenu le bénéfice de ses conclusions, mais le Tribunal a basé sa décision sur certains moyens et a rejeté les autres, si l'intimé tient absolument à représenter ses moyens en appel, nul besoin n'est qu'il interjette appel incident. De quoi peut-il se plaindre, en effet, il a obtenu gain de cause, il peut critiquer les motifs du jugement, il peut invoquer même des moyens nouveaux, mais l'appel incident lui est refusé, qui dit appel, qu'il s'agisse d'appel principal ou d'appel incident, suppose que celui qui le forme demande la réformation du jugement attaqué sur quelques points. Concluons que la partie ne peut, par appel incident, faire réformer les motifs, alors même qu'ils seraient injurieux pour elle; il faut appeler du dispositif (Paris, 8 août 1889; G. P. 89-2-398). L'appel incident est un droit pour l'intimé, droit qui naît au moment même de l'appel, et l'appelant ne saurait abusivement le priver de ce droit. Ceci nous conduit à examiner deux questions : Quel est le sort de l'appel incident, quand il y a désistement de l'appel principal? Que devient l'appel incident quand l'appel principal est déclaré nul ou mal fondé?

1° DÉSISTEMENT. — L'effet que produit sur l'appel incident le désistement de l'appel principal, a fait l'objet d'une controverse, dont nous allons exposer les principaux arguments.

Prenons deux hypothèses ; la première ne produit, du reste, aucune difficulté.

1^{re} Hypothèse. — Le désistement se produit postérieurement à l'appel incident, ou les deux actes sont signifiés le même jour sans indication d'heure (Paris, 23 mars 1887 ; G. P., 87-1-523). La priorité doit être attribuée à l'appel incident. Aucune difficulté, disons-nous, ne saurait être soulevée. L'intimé a un droit acquis à soutenir et à faire vider son appel. L'appelant devait compter sur l'éventualité d'un appel incident, il savait que tel chef du jugement causait préjudice à son adversaire, qu'il en demanderait ou pourrait en demander la réformation s'il venait, lui, à reprendre les hostilités, en qualité d'appelant. Du reste, un désistement intervenu dans de telles conditions, ne paraîtrait-il pas intempestif et n'aurait-il pas pour but de paralyser le droit d'agir de l'intimé ?

2^e Hypothèse. — Mais la question est beaucoup plus délicate quand le désistement est notifié avant que l'appel incident soit formalisé. L'intimé peut-il répondre à un désistement proposé, offert par un appel incident ? Nous croyons pouvoir ramener à trois opinions tous les arguments invoqués sur la question.

1^{er} SYSTÈME. — Le désistement, dit-on dans ce système, fait disparaître l'appel : l'appel principal disparaissant, l'appel incident disparaît aussi lui par voie de conséquence. Les parties sont replacées au même et semblable état qu'avant cet appel qui n'a laissé aucune trace, libre à l'intimé s'il est encore dans les délais de se porter appelant principal. Le désistement est un acquiescement au jugement, et, comme pour tout acquiescement, nullement n'est besoin de son accep-

tation par l'adversaire (Merlin, v^o désistement d'appel, § 1^{er}). La cause d'appel a donc cessé d'exister, et on ne peut relever appel incident dans une cause qui n'existe plus. Talandier, p. 499.

Le 2^e SYSTÈME procède à l'aide d'une distinction, si, selon lui, le désistement se produit dans les délais durant lesquels l'appel est encore possible, l'appel incident pourra être interjeté tant que l'intimé n'aura pas fait notifier son acceptation, l'appelant en se désistant pouvant immédiatement interjeter un nouvel appel, *a fortiori* peut-il retirer son offre et continuer l'instance qui avait subi en quelque sorte une trêve ; mais si le désistement se produit après l'expiration des délais d'appel, ou si pendant le temps que cette offre est faite, cette expiration vient à se produire, le désistement est, ainsi que dans le premier système, considéré comme un acquiescement, il produit effet du jour de sa notification, et rend inutile, et nous dirons plus, rend nul, tout appel, incident Bonfils, n^o 1228 *in fine*.

3^e SYSTÈME. — C'est à cette opinion que nous croyons devoir nous rallier.

Nous formulerons ainsi notre système : L'appel incident est encore recevable lorsqu'il se produit postérieurement à une offre de désistement non encore acceptée, et qu'il en est en quelque sorte la réponse.

Nous exceptons de notre proposition l'hypothèse où l'intimé agit dans un esprit vexatoire et sous prétexte d'empêcher un désistement ; nous envisageons l'appelant qui a, sur les conseils d'un homme compétent, décidé de ne pas poursuivre sur son appel. L'appelant, dans le cas où l'intimé serait de mauvaise foi, n'aura qu'à prendre un arrêt constatant

le refus d'acceptation de l'adversaire et déclarant qu'il tiendra lieu d'acceptation.

Mais revenons au « *quod plerumque fit* » et voyons quels arguments nous pouvons opposer à nos adversaires.

Les deux précédents systèmes ont pour point de départ, pour base, une erreur qu'il faut tout d'abord rectifier. Le désistement, dit-on, est un acquiescement; voilà l'erreur; jamais un désistement n'a été un acquiescement, et cela est si vrai que celui qui se désiste ne perd pas le droit de recommencer un nouveau procès; il conserve son action, ce qui n'a pas lieu s'il vient à acquiescer à une demande. Le désistement n'est qu'un abandon pur et simple d'une procédure engagée; c'est peut-être, si l'on veut, une manière indirecte de prouver à l'adversaire que c'est lui qui se trouve dans le bon droit, ce n'est pas une renonciation à l'action, c'en est encore moins la perte. Ce qui a fait considérer le désistement comme une sorte d'acquiescement, c'est que, souvent, et en pratique on peut dire toujours : cet acte se produira à la veille des plaidoiries, alors que les délais d'appel sont expirés. Si, donc, l'appelant se désiste de sa procédure, il ne pourra plus interjeter appel de nouveau, non pas parce qu'il a acquiescé au jugement, mais parce qu'il ne se trouve plus dans les délais pour interjeter appel; on peut y voir sans doute un acquiescement en fait mais non en droit. Aussi, pensons-nous pour ces motifs que le désistement ne produira effet qu'autant qu'il aura été accepté et nous en déduirons deux conséquences que nos adversaires refusent absolument à l'appelant.

1° Ce dernier pourra, tant que le désistement n'aura pas été accepté, rétracter son offre et reprendre la procédure au point où il l'avait abandonnée et l'intimé pourra interjeter appel incident tant que lui-même n'aura pas accepté le désis-

tement de l'appelant. On nous répond : mais, l'art. 403 du Code de procédure civile que vous invoquez n'est pas applicable dans l'espèce, il ne s'occupe que de la procédure de première instance, le législateur n'avait pas encore rédigé le titre de l'appel, il ne pouvait par avance s'occuper de l'effet que produirait le désistement en cause d'appel. Ce motif, suivant nous, n'en est pas un et nous trouvons deux réponses à y faire. La première, c'est que l'art. 470 du Code de procédure civile rend la procédure devant les tribunaux de première instance applicable aux Cours d'appel; 2° Et, est-il bien certain que le législateur, en rédigeant l'art. 403, n'a pas à ce moment songé à l'appel, le paragraphe *in fine* est, en effet, ainsi conçu : « Elle (l'ordonnance de taxe) sera exécutée nonobstant opposition si elle émane d'une Cour d'appel. » N'était-ce pas prévoir que le désistement pouvait se produire aussi bien en appel qu'en première instance, que ce désistement, pensait-on, aurait les mêmes effets quel que soit le degré de juridiction. Le silence gardé par le Code confirme d'autant plus notre opinion que le législateur a cru devoir s'expliquer sur un désistement d'une nature particulière¹; nous voulons parler de la péremption, art. 469 du Code de procédure civile. Il a cru nécessaire de dire que la péremption en cause d'appel ferait acquérir au jugement attaqué l'autorité de la chose jugée. Et, cependant, si ce texte n'était pas d'une bien grande utilité quand le jugement attaqué est un jugement définitif puisque la péremption en appel, même en l'absence de notre texte, n'aurait anéanti la procédure que jusqu'au jugement frappé d'appel, les jugements définitifs ne tombant pas en péremption, il

1. L'art. 469 est, en effet, nécessaire quand le jugement frappé d'appel est un interlocutoire; on aurait pu croire que la péremption eût annulé et l'instance devant les premiers juges et l'instance en cause d'appel.

était nécessaire que le législateur s'expliquât pour le cas où la décision attaquée était un interlocutoire¹, il se serait aussi bien expliqué s'il avait entendu accorder un désistement en pareil effet. Appliquons donc le droit commun, droit commun contenu dans l'art. 403, et admettons donc que le désistement ne produira un effet irrévocable, empêchant tout appel incident postérieur, que du jour où il aura été régulièrement accepté (Rivoire, n° 306, p. 476, Carré et Chauveau, question 1453). Quant à la jurisprudence, après avoir été assez longtemps hésitante, elle adopte aujourd'hui d'une manière certaine la troisième opinion (Crépon, n° 3938 et suiv.).

2° NULLITÉ, IRRECEVABILITÉ, MAL FONDÉ DE L'APPEL PRINCIPAL. — Une deuxième situation un peu analogue à la précédente, en ce qu'elle produit comme conséquence l'anéantissement de l'appel, mais qui en diffère parce qu'elle ne sera pas forcément l'œuvre de l'appelant, doit nous retenir quelques instants. Que faut-il décider de l'appel incident quand l'appel principal est nul, irrecevable ou mal fondé?

M. Chauveau (question 1580), combattant l'opinion de M. Carré, enseigne que l'appel incident n'en doit pas moins être déclaré valable, que l'on doit l'examiner, et les raisons du savant auteur peuvent se résumer comme suit : Il y a entre les deux appels, principal et incident, une indépendance complète; si l'un est nul ce n'est pas une raison pour empêcher l'autre d'être valable. Ce qui a suffi à faire naître l'appel incident c'est un appel principal, or, au jour où l'appel incident a été formé, il existait un appel principal non pas nul ou irrecevable, mais présumé tel, car, au jour de l'appel

1. De même que le désistement, la péremption annule seulement la procédure et n'empêche nullement le défendeur en péremption d'intenter une nouvelle action, si son droit n'est pas prescrit.

incident la nullité n'en est pas encore prononcée. L'intimé a pu valablement former son appel; il y a un droit acquis, il doit et il peut exiger que l'on statue sur son appel.

Les arguments de M. Chauveau nous avaient fort séduits au premier abord et les motifs invoqués par les adversaires, à savoir que l'appel principal étant nul, l'appel incident devait tomber par voie de conséquence (Rivoire, n° 305; Talandier, n° 408; Paris, 24 mars 1887; G. P., 87-2; sup. 51), en revanche, ne nous convenaient pas du tout; il fallait cependant prendre parti et l'opinion de M. Chauveau nous inspirait malgré tout quelque doute et ne nous satisfaisait pas complètement.

Nous avons finalement pensé que l'appel incident devait suivre le sort de l'appel principal nul ou irrecevable, et nous tirons argument d'une simple question de forme. Quand un défendeur (quand un intimé), dans notre espèce, veut opposer à son adversaire la nullité, l'irrecevabilité de la demande, de l'appel, il doit, avant toute défense au fond, proposer cette nullité; cette irrecevabilité; c'est ce que va faire l'intimé. Il va donc opposer de suite, *in limine appellationis*, la nullité de l'appel, il ne va pas vouloir que l'on s'occupe du fond avant que la Cour ait statué sur l'incident et il va le signifier à son adversaire. Si, donc, on admet le système de M. Chauveau, on va être tout naturellement conduit à permettre à l'intimé de conclure au fond, il va pouvoir faire ce que lui, intimé, défend à l'appelant de faire; il va exposer le procès à son avantage, cela va sans dire, et l'appelant que va-t-il faire pendant ce temps? On n'osera pas lui refuser le droit de réponse, on va donc discuter le fond quand la loi ne le permet pas, sous peine de forclusion.

Mais l'intimé, en proposant ces fins de non-recevoir à l'appel, ne renonce-t-il pas lui-même à attaquer le jugement, puisqu'il

refuse à l'appelant le droit de l'attaquer ; pourquoi lui-même viendrait-il le critiquer en l'absence de son adversaire. Il y a là une situation assez choquante qui ne nous permet pas de nous rendre au système de l'indépendance des deux appels. D'ailleurs, lorsque l'appel est irrecevable pour avoir été interjeté après les délais, M. Crépon (n° 3934), qui semble approuver le système de M. Chauveau, s'empresse d'apporter en ce cas une exception et il estime avec raison que le jugement a définitivement acquis l'autorité de la chose jugée, et qu'il ne peut être attaqué pas plus par la voie de l'appel principal que par celle de l'appel incident. Comme on le voit, le système du doyen de la Faculté de droit de Toulouse arrive à des conséquences inacceptables, et, comme tel, il doit être repoussé.

L'appel incident est donc un droit acquis pour l'intimé, ce droit doit être respecté par l'appelant, et ce dernier ne saurait nullement être reçu à y porter entrave. Ce droit reconnu, quelle en est son étendue ? Est-il renfermé, limité par l'appel principal, lui-même ; ne peut-il porter que sur les questions soulevées par l'appelant : peut-il, au contraire, faire naître des questions, saisir la Cour de litiges que l'appel principal avait complètement écartées.

La question ne saurait, on le comprendra facilement, soulever aucune difficulté, quand le jugement ne renferme qu'un seul chef. Ainsi, Pierre demande l'interdiction de Paul ; le Tribunal lui nomme un conseil judiciaire. Paul appelle ; Pierre pourra, par appel incident, et ce en tout état de cause, demander en appel que l'interdiction soit prononcée.

Mais, la plupart du temps, les jugements se composent de plusieurs chefs ; certains chefs font grief au demandeur, par exemple, tandis que d'autres sont rendus en sa faveur. Supposons alors que le demandeur signifie le jugement au défen-

deur et qu'il le mette ainsi en demeure, soit d'appeler dans les délais, soit d'acquiescer au jugement, et que le défendeur n'interjette pas appel.

Le demandeur, après l'expiration du délai de deux mois, interjette appel : peu importe, pour notre discussion, que son appel soit limité ou ne le soit pas, car il va sans dire qu'il ne peut critiquer que les chefs qui lui font grief. L'intimé pourra-t-il alors être relevé de sa déchéance et interjeter incidemment appel à son tour, remettre en cause des chefs du jugement qui avaient acquis l'autorité de la chose jugée. Nous avons pris à dessein l'hypothèse où le jugement est encore susceptible de recours pour l'appelant, mais non pour l'intimé, pour mieux faire saisir l'importance de notre question.

Non, dit M. Carré (question 1574), l'intimé ne pourra plus former appel incident. Cet auteur part de ce principe qu'il y a autant de jugements que de chefs dans une décision. Ces divers jugements, au cas où il n'existe aucune connexité, sont indépendants les uns des autres, et c'est à chaque partie qui prétend éprouver un préjudice dans un de ces chefs, d'en appeler dans les délais. La signification qu'en fait l'une des parties à l'autre met cette dernière en demeure d'user de son droit d'appel ; si elle ne le fait pas, elle ne peut s'en prendre qu'à elle-même d'avoir été trop négligente. Mais, une partie qui interjette appel à la dernière minute des délais, ce qui est son droit, ne saurait ainsi faire profiter l'adversaire de son appel.

Il résulte qu'en signifiant le jugement, le demandeur, qui triomphe tout au moins partiellement en première instance, a mis son adversaire à même d'appeler, il lui a même fait connaître que son intérêt serait, peut-être, d'agir ainsi, et qu'il s'attend à l'éventualité de cet événement. Ainsi, donc,

cette opinion peut se résumer ainsi : chacun doit faire appel principal des chefs qui lui font grief et l'appel de l'un ne permet pas l'appel incident de l'autre, lorsque l'appel incident ne porte pas sur les mêmes chefs. La jurisprudence, jusque vers 1820, se prononça pour ce système, et nous citerons notamment des arrêts de Nîmes, du 18 mai 1806, et de Rennes, du 1^{er} août 1810. Il est vrai que l'une de ces deux Cours est revenue sur la première opinion. La Cour de Rennes, en effet, par deux arrêts, des 11 mars 1817 et 3 août 1819, adoptait un second système qu'il nous faut exposer.

L'appel principal, dit-on dans cette seconde opinion, permet l'appel incident, en tout état de cause, même sur les chefs du jugement qui ne sont pas compris dans l'appel principal.

C'est tout d'abord l'art. 443, § 3, qui le dit, cet article est général et ne parle nullement d'une maxime qui est universellement admise, il est vrai, mais qui n'est écrite nulle part dans la loi. Permettre l'appel incident sur les chefs qui sont visés dans l'appel principal, mais n'est-ce pas rendre l'appel incident illusoire, car l'appelant ne frappera d'appel que les dispositions qui lui causent préjudice ; or, la plupart du temps, ces dispositions ne nuiront pas à l'intimé, il ne pourra donc les attaquer et la loi aura ainsi parlé pour ne rien dire ; elle aura rendu une disposition qui ne recevra aucune application, qui ne pourra porter aucun fruit. Enfin, ce que le législateur a eu en vue, en écrivant le § 3 de cet article, c'est, dit M. Chauveau, « rendre les armes à la partie qui les avait » volontairement abandonnées, lorsque la partie adverse la » provoque au combat. » Tous ces motifs sont résumés dans un considérant d'un arrêt de la Cour de Douai, du 27 mai 1889. Les appelants reprochaient aux intimés d'avoir laissé passer les délais d'appel sans se pourvoir par cette voie contre les chefs qui pouvaient leur faire grief, et ils prétendaient que

leur appel principal ne pouvait effacer l'acquiescement qu'ils avaient ainsi donné au jugement, en le laissant acquérir l'autorité de la chose jugée. Voici ce considérant : « Attendu » qu'il n'en saurait être ainsi (la Cour parle de l'acquiescement), qu'en effet le texte de l'art. 443 du Code de procédure civile qui autorise l'intimé à interjeter appel incident » à la barre même, lorsqu'il a signifié le jugement, ne fait » aucune distinction et dispose d'une façon absolument générale ; que l'esprit de la loi, en créant cette disposition exceptionnelle, a été évidemment de rendre à l'intimé qui voulait » exécuter le jugement et que l'on prétendait atteindre, alors » que, peut-être, il serait trop tard pour former un appel » principal, tous ses moyens de défense. » Cet arrêt a été cassé par la Cour suprême, le 15 juillet 1891 (D., 93-1-467), mais les demandeurs n'avaient pas invoqué, comme moyen de pourvoi, la violation de l'art. 443.

La doctrine, depuis Merlin jusqu'aux auteurs les plus récents, et une jurisprudence que l'on peut considérer comme définitivement assise, depuis un arrêt de la Cour de cassation, du 13 janvier 1824, se prononcent dans ce dernier sens. Veut-on connaître notre pensée. Nous ne partageons pas cette manière de voir ; l'art. 443, § 3, sur lequel on s'appuie ne dit rien du tout et il peut aussi bien s'appliquer exclusivement dans les limites de l'appel principal, qu'il peut prévoir une hypothèse plus générale ; nous croyons, avec M. Carré, qu'il faut que chaque partie appelle des divers jugements qui lui font grief ; si une partie signifie à son adversaire le jugement pour faire courir les délais d'appel, c'est apparemment pour la contraindre à prendre un parti, c'est pour faire obtenir au jugement l'autorité de la chose jugée, libre à l'autre parti d'agir envers son adversaire de la même façon.

On nous parle d'hostilités suspendues, mais qui vont recom-

mencer par l'appel, il faut, dit-on, que chaque partie puisse se défendre, mais, n'avons-nous pas mis notre adversaire à même de se défendre, il s'est tu, il a indiqué suffisamment qu'il n'entendait pas attaquer le jugement; il le laisse acquérir l'autorité de la chose jugée vis-à-vis de lui; c'est donc bien son dernier mot, sa dernière parole; ce qui nous choque surtout, c'est que nos adversaires font bon marché de l'autorité de la chose jugée, ils la suppriment d'un trait de plume avec une aisance vraiment incroyable. La chose jugée est une des sauvegardes des décisions judiciaires, elle doit avant tout être respectée, elle crée des droits acquis qui seraient anéantis avec beaucoup trop de facilité. Nous persistons donc à croire que si certains chefs du jugement sont passés en force de chose jugée vis-à-vis d'une des parties, et si l'adversaire appelle d'autres dispositions, l'intimé ne pourra pas faire appel incident sur les chefs qui ne peuvent plus être attaqués par suite de l'expiration des délais d'appel. Quant à l'argument tiré de ce que l'appel incident deviendrait ainsi sans objet, nous ne le croyons pas fondé. L'appel incident, circonscrit dans les limites de l'appel principal, pourra alors s'exercer dans ces limites, produire effet; c'est, en définitive, à l'intimé, s'il voulait attaquer le jugement à le faire en temps utile, s'il ne l'a pas fait il supporte les conséquences de sa négligence ¹.

Concluons donc et posons en principe que, pour qu'il y ait appel incident valable, il faut que l'appel principal existe et existe valablement; nous venons de démontrer que quand un appel principal est nul ou qu'il ne porte que sur certains chefs du jugement attaqué, le droit à l'appel incident peut se

1. Notre système se résume ainsi : Si l'appel incident se produit dans les délais de l'appel, il pourra porter tout autre chef du jugement que celui déferé à la juridiction supérieure. Si les délais d'appel sont expirés pour l'intimé, ce dernier verra son appel incident circonscrit par la limite de l'appel principal.

trouver subir certaines restrictions. Nous en tirons d'autres conséquences. Supposons qu'au cours des débats, l'appelant vienne à opposer à l'intimé un jugement dont la solution peut influencer sur le procès en appel, et que ce jugement n'ait été l'objet d'aucun recours, l'intimé ne pourra interjeter appel incident contre ce jugement. Il faut pour pouvoir appeler incidemment qu'il y ait une instance engagée, c'est-à-dire avoir la qualité d'intimé; or, par rapport à ce jugement produit, l'intimé n'a pas cette qualité; cette qualité n'existe, en effet, que dans les rapports du jugement attaqué et indiqué dans l'acte d'appel, mais non d'une manière générale par rapport à tous les jugements qu'on opposerait au défendeur en cause d'appel.

« L'appel incident n'est pas recevable d'intimé à intimé »; entre ces parties, en effet, il n'y a aucun appel qui existe; l'appel principal n'est réellement à considérer qu'entre l'appelant et tous les intimés pris séparément; aussi, par rapport à l'appelant, chaque intimé pourra relever appel incident, mais seulement vis-à-vis de lui, et non vis-à-vis des autres parties en cause; pourquoi un intimé serait-il admis à critiquer les dispositions du jugement, puisque personne ne les critique contre lui. Cependant ces critiques peuvent être justes et fondées; la Cour devra en être saisie et comment en sera-t-elle saisie: par un appel principal de l'intimé vis-à-vis de l'intimé; Primus appelant principal, intime Secundus et Tertius; Secundus, qui a intérêt à faire réformer certains points de la décision obtenue dans ses rapports avec Tertius, va se porter appelant vis-à-vis de ce dernier, il va lui dénoncer l'appel de Primus, que Tertius connaît peut-être; mais Secundus va prendre vis-à-vis de lui le rôle d'appelant; Tertius aura donc la double qualité

d'intimé et dans ses rapports avec Primus et dans ses rapports avec Secundus, il pourra former deux appels incidents. C'est également par report d'appel que le garanti intimé sur un appel principal, de demandeur principal, devra procéder vis-à-vis du garant.

L'appelant, ne peut répondre à un appel incident de l'intimé par un appel incident. L'appelant principal devient bien intimé sur l'appel incident de l'intimé, mais l'intimé n'a jamais eu la qualité d'appelant principal. A quoi lui servirait d'ailleurs son appel incident puisque, par sa qualité d'appelant principal, il peut discuter le jugement, il peut répondre à l'appel incident.

M. Chauveau (question 1573 *bis*) est d'un avis contraire ; il considère l'appel incident de l'intimé comme un appel principal, et il permet à l'appelant principal d'y répondre par un appel incident. Mais, hâtons-nous de dire que cet auteur apporte à son opinion une restriction qui détruit tout son système ; il admet que cet appel incident présente une certaine utilité pour l'appelant qui pourrait ainsi réparer une nullité de l'acte d'appel principal ; cette faculté ne lui est accordée qu'autant qu'il se trouve dans les délais de l'appel principal. Que cet auteur nous permette de lui répondre que cette faculté qu'il accorde n'a, de l'appel incident, que le nom ; car l'essence de l'appel incident est de pouvoir être interjeté en tout état de cause. Or, enlever cette faculté n'est-ce pas supprimer purement et simplement l'appel incident.

Enfin, après avoir tiré quelques conséquences de la nécessité de l'existence de l'appel principal, tirons-en une dernière de son existence valable.

L'appel déclaré mal fondé n'empêche pas la Cour de statuer sur l'appel incident. C'est là même l'utilité de l'appel incident. Pour déclarer l'appel principal mal fondé, la Cour a dû tout d'abord examiner sa validité, puis a ensuite examiné le fond ; elle a pu examiner en même temps le bien ou le mal fondé de l'appel incident, elle a vidé les deux appels ; elle pouvait donc rejeter l'un et admettre l'autre.

DE LA RÉFORME DU CODE DE PROCÉDURE

Le Code de procédure civile dont on réclame depuis si longtemps la réforme sans trop savoir par quelles nouvelles dispositions, plus ou moins incohérentes, on remplacera les articles qui nous régissent actuellement, et qui ne sont pas dépourvus de logique comme d'aucuns le prétendent, qui garantissent le justiciable, qui lui permettent d'avoir confiance dans les hommes qu'il charge de le représenter, garantie, confiance, qui n'existeront peut-être pas avec autant de sûreté, si on admet certaines théories extrêmes, qui tendent à faire revivre les dispositions de la loi du 3 brumaire an II; le Code de procédure, disons-nous, est l'objet de deux projets de réforme complète et générale, l'un émané de l'initiative parlementaire, l'autre, du Gouvernement.

Que l'on ne nous taxe pas d'hostilité lorsqu'il s'agit de réformes; que l'on ne nous reproche pas de considérer le Code de procédure comme une arche sainte. Loin de nous ces pensées et nous aurons, au contraire, dans l'exposé des différents textes nouveaux, à mentionner avec satisfaction certains perfectionnements qui sont le résultat nécessaire, la conséquence forcée des divers changements survenus par la suite des temps, dans les transactions, dans la valeur vénale des choses.

Projet Dupuy-Dutemps. — Nous suivrons, autant que possible, l'ordre de nos explications. Le taux du ressort est tout d'abord élevé de 1,500 à 2,000 fr. (art. 1^{er} du titre de

l'appel), c'est une conséquence nécessaire de la dépréciation du signe monétaire; en matière mobilière, cette valeur du litige est déterminée suivant les modes indiqués à l'art. 2 du titre de la compétence des justices de paix.

Lorsque la valeur des objets litigieux ne résulte pas des termes de la demande, s'il s'agit d'objets mobiliers dont le prix est déterminé par des factures, des inventaires ou autres documents, on s'en rapportera à ces écrits. Dans le cas contraire, le juge statuera lui-même et décidera sa compétence.

Cette proposition tend tout simplement à paralyser le droit de l'appel. Des inconvénients graves pourront se présenter, car n'est-il pas naturel que si on charge le juge de déterminer lui-même sa compétence, ou si la Cour est appelée à la vérifier, il y aura un véritable conflit, tandis que l'un voudra toujours juger en dernier ressort, l'autre, au contraire, prétendra que le juge inférieur s'est trompé, que son estimation est fausse. D'ailleurs, on pourra toujours appeler de l'estimation faite par le juge, et si on a voulu diminuer les frais de justice (car ce projet, sans s'inquiéter de la question de savoir si les prescriptions qu'il présente sont pratiques ou non, ne tend que vers un but : réformer les frais de justice), on aura, au contraire, multiplié les appels. Sur ce point, nous croyons donc qu'il fallait conserver les anciennes règles, et laisser subsister la division des causes, en causes de valeur déterminée et causes de valeur indéterminée.

En matière immobilière, le taux du ressort est élevé de 60 à 80 fr. — Ici, nous constatons avec plaisir une innovation heureuse. Nous avons vu que le taux du ressort se déterminait par bail ou par rente, et qu'il en résultait qu'un procès ayant pour objet un mètre carré de terrain était

presque toujours susceptible d'appel, c'est-à-dire que l'on était exposé à supporter des frais nullement en rapport avec la valeur en litige. Le projet préconise un système d'évaluation de beaucoup préférable. On pourra appeler de tous les jugements rendus par les tribunaux civils et de commerce dans les causes où le revenu des immeubles est supérieur à 80 fr. L'évaluation du revenu se fait en multipliant par 5 le principal de la contribution foncière de l'année courante. Les causes relatives à des usufruits et à des nues propriétés sont sujettes à appel lorsque les immeubles auxquels elles se rapportent auront un revenu supérieur à 160 fr.; celles relatives aux servitudes réelles ne seront sujettes à appel que si le fond servant ou le fond dominant ont aussi un revenu supérieur à 160 fr.

L'appel est encore possible pour les jugements des tribunaux civils et de commerce, dans toutes les matières relatives à la compétence, quelle que soit la valeur du litige (art. 454 ancien), s'il y a violation des formes, composition irrégulière du Tribunal, défaut de publicité de l'audience ou de la prononciation des jugements. Il y a là des voies de nullités qui ne peuvent être vidées que par l'appel; le projet les assimile à la compétence, tandis que, suivant le droit actuel, il faut recourir, lorsque le jugement est en dernier ressort, au pourvoi en cassation. Même assimilation, même remarque pour la contrariété des jugements.

Aucun appel ne sera reçu de la partie défaillante contre le jugement qui la condamne par défaut. C'est la réédition de la maxime « *contumax non appellat* » (*contra*, art. 455). On pourra interjeter appel des jugements préparatoires et interlocutoires, mais, en même temps que l'on interjettera appel des jugements définitifs. La différence renfermée dans l'art. 451 n'existe plus.

Les parties majeures et capables de transiger peuvent toutefois soumettre d'un commun accord aux juges d'appel toute demande nouvelle, pourvu qu'elle ait un rapport direct avec la demande principale, et si l'objet est susceptible de transaction, l'exécution provisoire ne doit pas être considérée comme une demande nouvelle. Quant à l'intervention en cause d'appel, elle n'est plus soumise à la condition de pouvoir former tierce opposition, et toute personne qui peut intervenir en première instance, peut intervenir en appel. Le projet ne s'expliquant pas sur la capacité pour intervenir, il faut en conclure qu'un simple intérêt suffira pour intervenir en appel.

L'évocation n'est plus facultative, elle est obligatoire (*contra*, art. 473). En ce qui concerne la connaissance des difficultés sur l'exécution de l'arrêt, l'art. 472 est modifié en ce sens que l'exécution appartiendra, en cas de réformation partielle ou totale, toujours à la Cour qui a prononcé l'arrêt. Enfin, la Cour reste saisie des demandes en paiement de frais des avoués et des honoraires des avocats; cette dernière demande constitue une innovation.

La tierce opposition est supprimée; quant à la requête civile principale, rien n'est innové (nous nous occupons exclusivement de la compétence).

La procédure de règlement de juges et les règles qui déterminent sa compétence ne subissent pas de changements. Enfin, l'appel incident est permis en tout état de cause et jusqu'au jour de la plaidoirie, alors même que le jugement ait été signifié à l'intimé, et que le jugement, quant à lui, soit passé en force de chose jugée. Nous nous sommes élevé contre cette théorie.

Projet du Gouvernement. — Ce projet est une espèce de transaction entre la proposition de la loi de M. Dupuy-Dutemps

et le Code actuel. En ce qui concerne l'appel, peu d'innovations, le projet ne s'occupe pas de la compétence; une loi spéciale doit la régler. C'est peut-être un tort; n'eût-il pas mieux valu faire un travail d'ensemble complet et terminer une fois pour toutes ces fameuses réformes, dont on parle depuis si longtemps, et qui devront nous amener l'âge d'or, si l'on doit juger le résultat sur la multiplicité des projets et surtout sur les longues délibérations dont elles doivent faire l'objet dans les commissions.

Le titre de l'appel n'avait pas soulevé beaucoup de critiques. C'est une procédure déjà bien simplifiée qui se déroule devant le deuxième degré de juridiction, aussi le projet du Gouvernement reproduit presque textuellement les art. 443 et suivants. A l'art. 451 est ajouté un paragraphe relatif au jugement, qui accorde une provision et qui sera susceptible d'appel avant le jugement sur le fond. Ce point, croyons-nous, ne saurait faire difficulté, et il nous semble que ce paragraphe est absolument inutile. Ces jugements étant des décisions définitives et non interlocutoires, le texte prévoit sans doute le divorce et la séparation de corps, nous savons que sur ce point l'admissibilité de l'appel de tels jugements ne fait plus aucun doute. On peut appeler d'un jugement par défaut, mais l'appel est recevable pendant les délais d'opposition. Les demandes nouvelles, leur prohibition, leur admissibilité en appel, sont régies par les mêmes principes que dans le projet Dupuy-Dutemps. De même l'exécution provisoire n'est pas considérée comme demande nouvelle. Les conditions permettant l'intervention en appel sont conservées, cependant toute personne peut intervenir avec l'assentiment des autres parties. Les règles sur la connaissance de l'exécution des jugements et arrêts, sont en principe la reproduction de celles contenues dans le projet Dupuy-Dutemps, toutefois faculté

est laissée à la Cour de renvoyer l'exécution devant le Tribunal composé d'autres juges ou devant un autre Tribunal. Les exceptions de l'art. 472 sont conservées. Enfin, l'évocation est facultative.

En matière d'arbitrage, la faculté de l'appel n'est plus aussi générale, et on applique ici, comme ailleurs, le droit commun, et les sentences ne sont susceptibles d'appel que dans le cas où les tribunaux de première instance, s'ils avaient été saisis de litige, auraient jugé en premier ressort; le Tribunal compétent pour connaître de l'appel est également le Tribunal de droit commun, c'est-à-dire la Cour pour les matières qui eussent été de la compétence des Tribunaux civils ou de commerce. La faculté de renoncer à l'appel est également permise, et la qualification d'amiables compositeurs donnée aux arbitres, dans le compromis, emporte renonciation à l'appel.

Tels sont les points principaux sur lesquels portent les réformes. Ces réformes, surtout dans le projet émané de l'initiative parlementaire, nous paraissent souvent quelque peu hasardées, malheureusement contraires aux principes juridiques et funestes aux intérêts des parties. On a voulu diminuer les frais de justice, éviter des lenteurs forcées; tels ont été les seuls points de mire, le seul but auquel on a voulu arriver envers et contre tout. On a fait droit aux critiques qui s'élèvent de toutes parts, mais a-t-on bien considéré, avant de savoir si elles étaient justifiées, de qui émanaient ces critiques, quelle était la compétence de ces gens qui, hélas, se disent universels en tout et qu'il suffit de pousser un peu à bout pour s'apercevoir que leur savoir n'est que vantardise et d'une couche bien légère.

S'il ne s'agissait que de réformes secondaires, le malheur ne serait pas irréparable, mais, quand on détruit, on ne

saurait trop détruire et on n'a pas craint de s'attaquer à tout : aux règles fondamentales de notre droit, aux mandataires des parties. Il ne nous appartient pas d'apprécier toutes ces réformes, de défendre nos anciens confrères menacés, mais nous dirons que ceux-là même qui réclament la diminution des frais de justice devraient se rappeler que les avoués sont encore soumis aux tarifs de 1807, qu'ils n'ont jamais protesté alors que autour d'eux, tout a augmenté de valeur. Ce n'est pas à eux qu'il faut s'attaquer, c'est à l'enregistrement, au timbre, qui n'ont cessé d'augmenter; c'est à nos législateurs eux-mêmes qu'il faut s'en prendre quand, sous couleur de diminuer les frais de justice, ils viennent, dans une loi récente, d'augmenter de près d'un tiers les frais d'enregistrement.

Le projet du Gouvernement servira à contrebalancer ces exagérations et lorsque les discussions viendront, si toutefois elles ont lieu, les législateurs d'alors sauront faire bonne justice des projets de loi qui ont été déposés non pas dans un intérêt général mais plutôt dans un intérêt particulier.

Nous sommes certain d'avance que, lors des prochaines discussions, toutes les exagérations disparaîtront pour faire place à des réformes sages et suffisamment étudiées.

E. HOGREL.



POSITIONS

Code civil.

1° L'enfant naturel reconnu par un de ses auteurs peut être adopté par lui;

2° Le legs de l'usufruit de tous les biens meubles et immeubles du testateur constitue un legs particulier;

3° Les art. 2097 et 2106 du Code civil peuvent se concilier;

4° La responsabilité décennale des entrepreneurs et des architectes peut être exercée contre eux dans les trente ans, à compter du jour où elle est née;

5° Le vendeur à réméré conserve le droit d'hypothéquer les immeubles, objets de la vente, pendant le délai durant lequel il peut exercer la faculté de rachat;

6° La séparation des patrimoines n'est pas un véritable privilège.

Code de procédure civile.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

7° Le jugement qui ordonne un interrogatoire sur faits et articles n'est pas susceptible d'appel;

8° Quand un jugement confirme un premier jugement par défaut, il suffit d'appeler du jugement de défaut, sans s'inquiéter du jugement de débouté d'opposition;

9° En matière immobilière, le contrat qui sert à déterminer le taux du ressort doit nécessairement avoir été passé entre les parties aujourd'hui en litige;

10° L'ordonnance d'envoi en possession du légataire dans les biens de la succession est susceptible d'appel;

11° On peut se pourvoir par appel dans les cas énumérés par l'art. 1028 du Code de procédure civile;

12° L'intervention forcée est permise en cause d'appel;

13° L'exécution provisoire peut être demandée pour la première fois en appel;

14° On ne peut soulever aucune fin de non-recevoir à l'appel de l'ordonnance, rendue par le président, statuant sur les mesures provisoires en matière de divorce, alors même que le tribunal serait saisi avant que la Cour ait vidé son appel.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

15° Lorsque l'enclave a duré trente ans et vient ensuite à cesser pour une cause quelconque, le juge de paix ne cumule pas le possessoire et le pétitoire en admettant le demandeur à prouver qu'il a, depuis au moins trente ans, passé sur le fonds du défendeur et en le maintenant en possession du terrain;

16° Lorsque le reproche est fondé sur une des causes énumérées dans l'art. 283 du Code de procédure civile, le juge est tenu d'écarter la déposition du témoin reproché.

Code de commerce.

17° L'art. 448-2° du Code de commerce qui déclare que les inscriptions d'hypothèques prises pendant la période suspecte seront annulables, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif d'hypothèque et celle de l'inscription, est applicable à l'hypothèque légale de la femme mariée;

18° Les tribunaux ne peuvent passer outre au refus du mari présent pour habiliter la femme à faire le commerce;

19° Il n'est pas permis aux juges d'admettre au bénéfice de la liquidation judiciaire le commerçant qui a présenté sa requête à fin d'admission, plus de quinze jours après la cessation de ses payements.

E. HOGREL.

Vu :

G. DE CAQUERAY.

Vu :

Le Doyen,

A. EON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,

J. JARRY.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	2
TITRE PRÉLIMINAIRE.....	29
Notions générales sur la compétence civile des Cours d'appel.	
§ 1 ^{er} . — Compétence <i>ratione materiæ</i>	29
SECTION I ^{re} . — Audiences ordinaires.....	31
SECTION II. — Audiences solennelles.....	31
§ 2. — Compétence territoriale.....	32
TITRE I ^{er} . — Audience ordinaire. — Préliminaires	34

PREMIÈRE PARTIE

JURIDICTION CONTENTIEUSE

CHAPITRE I ^{er} . — Des conditions nécessaires pour qu'une décision soit susceptible d'appel.....	57
SECTION I ^{re} . — La décision attaquée doit avoir les caractères d'un jugement.....	58
SECTION II. — L'appel doit résulter d'un intérêt né et actuel pour être recevable ; la décision attaquée doit causer griefs à l'appelant	71
SECTION III. — Le jugement ne doit plus être susceptible d'opposition.....	77
SECTION IV. — La décision doit être en premier ressort.....	99
§ 1 ^{er} . — Règles générales.....	102
§ 2. — Mode d'évaluation.....	105
Demandes principales. — Demandes subsidiaires. — Demandes accessoires	115
Pluralité de demandeurs ou de défendeurs.....	117
Demandes alternatives et facultatives.....	123
Saisies.....	156
CHAPITRE II. — Des ordonnances.....	166
SECTION I ^{re} . — Généralités.....	166
§ 1 ^{er} . — Les ordonnances sont-elles susceptibles de voies de recours?	168
§ 2. — Quelles sont les voies de recours?	171
§ 3. — Compétence	174

	Pages
SECTION II. — Des diverses ordonnances.....	176
§ 1 ^{er} . — Des ordonnances rendues en présence de parties ou elles dûment appelées.....	176
1 ^o Des ordonnances sur référés.....	176
2 ^o Divorce et séparation de corps.....	178
3 ^o Ordonnance de communication de pièces.....	183
§ 2. — Ordonnances rendues sur simple requête.....	184
1 ^o Ordonnances abrégeant les délais de comparution....	184
2 ^o Ordonnances diverses.....	191
3 ^o Saisies.....	196
4 ^o Distribution par contribution et ordre.....	207
5 ^o Ordonnances en matière de taxe.....	218
6 ^o Des ordonnances en matière de succession.....	231
7 ^o Séparation de biens.....	240
8 ^o Ordonnances rendues par le président d'un Tribunal de commerce.....	240
CHAPITRE III. — Des sentences arbitrales.....	243
SECTION I ^{re} . — De la sentence arbitrale.....	244
Première question. — De la recevabilité de l'appel.....	245
Deuxième question. — Devant quel Tribunal doit se porter l'appel?.....	246
Troisième question. — Fins de non-recevoir contre l'appel.	249
SECTION II. — De l'ordonnance d'exequatur.....	258
CHAPITRE IV. — Des décisions des consuls.....	265
CHAPITRE V. — Des décisions non susceptibles d'appel....	266
SECTION I ^{re} . — Saisie immobilière.....	267
SECTION II. — Licitatation et partage.....	276
SECTION III. — Ordre.....	277
SECTION IV. — Faillite et liquidation judiciaire.....	277
§ 1 ^{er} . — De la faillite.....	277
§ 2. — De la liquidation judiciaire.....	282
2 ^e Division. — Des décisions dont les Cours d'appel connaissent comme premier et deuxième degré....	286
CHAPITRE I ^{er} . — De l'intervention.....	287
SECTION I ^{re} . — Conditions pour que l'intervention soit admise..	288
§ 1 ^{er} . — Il faut pouvoir former tierce opposition.....	289
§ 2. — Il faut, en second lieu, ne pas avoir été partie au procès, ou ne pas y avoir été représenté.....	299
SECTION II. — Des effets de l'intervention.....	312
§ 1 ^{er} . — De l'intervention volontaire.....	314
§ 2. — Intervention forcée.....	315

	Pages
CHAPITRE II. — Des demandes nouvelles	319
§ 1 ^{er} . — Quelles demandes sont nouvelles.....	322
§ 2. — Exceptions à la prohibition des demandes nouvelles.	337
§ 3. — Sanctions de la prohibition des demandes nouvelles.	339
CHAPITRE III. — De l'évocation. — Historique. — Généralités.	341
§ 1 ^{er} . — Cas où il y a lieu à évocation.....	350
§ 2. — Cas où il n'y a pas lieu à évocation.....	372
§ 3. — Pouvoirs du juge d'appel en matière d'évocation....	377
§ 4. — Effets de l'évocation.....	381
CHAPITRE IV. — De l'exécution des arrêts.....	383
§ 1 ^{er} . — Cas où le jugement est confirmé.....	384
§ 2. — Du cas où le jugement est infirmé.....	387
§ 3. — Attributions spéciales de juridiction	406
CHAPITRE V. — Honoraires des avoués près les Cours d'appel.	410
§ 1 ^{er} . — Compétence exceptionnelle de l'art. 60.....	411
§ 2. — Qui peut invoquer l'art. 60.....	414
§ 3. — Caractères de l'art. 60.....	419
CHAPITRE VI. — Du désaveu.....	421
CHAPITRE VII. — Du règlement de juges.....	425
SECTION I ^{re} . — Du conflit positif.....	426
§ 1 ^{er} — Conditions pour qu'il y ait conflit.....	427
§ 2. — Compétence et procédure.....	444
SECTION II. — Du conflit négatif.....	449
CHAPITRE VIII. — De la requête civile.....	453
§ 1 ^{er} . — Arrêts susceptibles d'être attaqués par voie de requête civile.....	455
§ 2. — Procédure et compétence.....	457
§ 3. — Effets de la requête civile.....	464
CHAPITRE IX. — De la tierce opposition.....	466

DEUXIÈME PARTIE

DE LA JURIDICTION GRACIEUSE.....	473
CHAPITRE I ^{er} . — De l'adoption.....	475
CHAPITRE II. — Des demandes en réhabilitation des faillis..	480
CHAPITRE III. — De la rectification des actes de l'état civil.	487
TITRE II. — Des audiences solennelles.....	492
CHAPITRE I ^{er} . — Des questions d'État.....	497
1 ^{er} Groupe. — Questions d'État dans la famille.....	497
2 ^e Groupe. — Questions d'État dans la société.....	499
3 ^e Groupe. — Questions relatives à la nationalité.....	501

	Pages
CHAPITRE II. — De la prise à partie.....	507
§ 1 ^{er} . — Causes.....	508
§ 2. — Contre qui la prise à partie peut-elle être intentée?..	509
§ 3. — Compétence et procédure.....	511
§ 4. — Effets.....	513
CHAPITRE III. — Des renvois après cassation.....	516

APPENDICE

De l'appel incident.....	521
De la réforme du Code de procédure.....	538
POSITIONS. — Code civil	545
Code de procédure civile.....	545
Code de commerce.....	547
Table des matières.....	549

